

SOMMAIRE

Résumé de la synthèse des sondages

Synthèse des sondages

SECTION 1 – LE REGARD DES PRATICIENS SUR LA SIMPLIFICATION DU DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE

§I. Le regard des sondés sur la définition positive de la simplification du droit de la commande publique

- A. La perception contrastée de la simplification du droit de la commande publique
- B. Les composantes transversales de la simplification du droit de la commande publique
- C. Les composantes liées à l'évolution du contenu des normes
- D. Les outils de simplification du droit de la commande publique

§II. Les facteurs de complexité du droit de la commande publique identifiés par les sondés

- A. Les facteurs « croisés »
- B. Les facteurs « spontanés »

SECTION 2 : L'APPRÉCIATION PRATIQUE DES MESURES POSITIVES DE SIMPLIFICATION DU DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE

§I. Les évolutions simplificatrices récentes spontanément relevées par les sondés

- C. L'absence de simplification récente relevée par plusieurs sondés
- D. La reconnaissance majoritaire d'un mouvement de simplification

§II. L'ÉVALUATION PAR LES SONDÉS D'UNE SÉLECTION DE MESURES SIMPLIFICATRICES

- A. La reconnaissance d'un mouvement de simplification par les sondés
- B. L'analyse approfondie des résultats pour les autorités contractantes et les opérateurs économiques

SECTION 3 : LES ATTENTES DES PRATICIENS EN MATIÈRE DE SIMPLIFICATION DU DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE

§I. L'unification du contentieux de la commande publique

- A. Les vertus simplificatrices de l'unification du contentieux
- B. Les limites à l'unification du contentieux

§II. La réduction du nombre de procédures de passation

- A. Les vertus simplificatrices de la réduction du nombre de procédures
- B. L'inefficacité d'une réduction du nombre de procédures

§III. La suppression des conditions de recours à la procédure avec négociation pour les pouvoirs adjudicateurs

§IV. La généralisation de la publicité adaptée pour l'ensemble des marchés publics entre 40 000 euros et les seuils européens

§V. La clarification des exigences applicables aux marchés inférieurs à 40 000 euros

§VI. La réinstauration du marché public simplifié

§VII. La centralisation des documents et attestations nécessaires aux candidatures

§VIII. La réduction du nombre de normes

Annexe n° 1 : Réformes proposées par les enquêtés dans le cadre des sondages

RÉSUMÉ DE LA SYNTHÈSE DES SONDAGES

Le sondage réalisé par la Chaire en partenariat avec la DAJ faisait suite à un état du droit et de la doctrine et à une vingtaine d'entretiens avec des représentants d'autorités contractantes, d'entreprises ou des avocats. Le questionnaire du sondage était divisé en quatre parties : définition, source de complexité, évaluation des récentes mesures de simplification et propositions de nouvelles mesures de simplification. 657 sondés ont répondu à au moins une question sur les 26 posées et chaque question voyait des réponses au minimum comprises entre 200 et 300 et bien souvent davantage. 77% des répondants représentaient des autorités contractantes, 14 % des entreprises et 9 % étaient des avocats.

La première partie était consacrée à la définition de la simplification du droit de la commande publique et la deuxième aux sources de complexité de ce droit. Chacune de ces deux parties commençait par une question ouverte sur la définition (positive ou négative selon la partie concernée), avant de guider les sondés par des questions fermées sur les composantes de la simplification ou les facteurs de complexité. Dans un cas comme dans l'autre, l'analyse des réponses des sondés a impliqué un regroupement par mots-clés afin de dresser, non sans une part de subjectivité, une typologie des composantes de la simplification du droit de la commande publique et des facteurs de complexité de ce droit.

S'agissant tout d'abord de la définition de la simplification, les réponses de 506 sondés à la question ouverte confirment l'éclectisme des composantes de la simplification. Les résultats du sondage sur la définition positive confirment également l'existence d'un consensus, même relatif, sur certaines composantes, ainsi que, à l'inverse, des contradictions entre les praticiens sur d'autres composantes.

La restitution des réponses des sondés pouvait être réalisée en se fondant sur le nombre de réponses recueillies pour chaque composante (classification par ordre de grandeur) ou en classant les réponses en différents outils, objets et composantes de la simplification. La seconde possibilité a été choisie, mais la synthèse des sondages comporte également le tableau de classement des composantes par ordre de grandeur, reproduit ci-dessous, afin d'identifier d'emblée le panorama général des composantes de la simplification spontanément identifiées par les sondés. Il importe par ailleurs de souligner que les définitions proposées par les sondés incluaient fréquemment plusieurs composantes, outils et objets de la simplification du droit de

la commande publique. En conséquence, un grand nombre de sondés est comptabilisé dans plusieurs des subdivisions du tableau ci-après.

	AV	AC	OE	Total
<i>Nombre de réponses exploitables¹</i>	<i>36</i>	<i>404</i>	<i>66</i>	<i>506</i>
Sécurité juridique	12	112	15	139
Efficacité du droit de la commande publique	3	78	7	88
Allègement du formalisme administratif	1	76	9	86
Facilitation de l'accès à la commande publique	2	67	10	79
Souplesse	2	57	5	64
Assouplissement des procédures ou techniques d'achat	5	46	5	56
Harmonisation ou uniformisation des règles et outils	1	29	9	39
Évolution du nombre de normes	3	27	8	37
Recherche d'un équilibre	2	30	1	33
Assouplissement du recours à la négociation	0	22	0	22
Seuils	1	16	2	19
Réévaluation des normes existantes	2	13	3	18
Cohérence des normes	2	10	2	14
Renforcement de l'accompagnement des acteurs de la commande publique	0	11	2	13
Lisibilité des procédures et pratiques	1	10	1	12
Codification	1	7	4	12
Simplification des outils de la commande publique	1	10	0	11
Réduction du nombre de catégories de procédures ou de contrats	2	7	1	10
Principes fondamentaux de la commande publique	2	4	2	8
Modalités de création et de rédaction des normes	1	6	1	8
Responsabilisation/autonomie des autorités contractantes	0	6	0	6
Amélioration des relations et de l'exécution du contrat	2	2	1	5
Diminution du risque	1	3	0	4
Sources des normes de simplification	0	2	1	3
Définition du besoin	0	1	1	2

En complément de la présentation des éléments de définition par ordre de grandeur, il est possible de distinguer les composantes transversales de la simplification du droit de la commande publique, les composantes portant sur l'évolution du contenu de certaines normes précises, et les outils de simplification.

Des composantes transversales de la simplification du droit de la commande publique sont spontanément identifiées par les sondés. Plusieurs d'entre elles convergent dans une certaine mesure, car reposant sur la poursuite d'objectifs communs, à l'image de l'efficacité du

¹ 10 autres sondés ont également fourni une réponse à la question portant sur la définition de la simplification du droit de la commande publique, mais leurs réponses ne sont pas compréhensibles et ne sont donc pas comptabilisées.

droit de la commande publique, de la recherche d'un équilibre, ou d'un réexamen des normes actuelles de cette branche du droit – en analysant le nombre de normes, leur conformité à certains objectifs ou leur cohérence avec les principes fondamentaux du droit de la commande publique. Certains aspects légèrement plus précis naissent sous la plume d'une faible proportion de sondés, comme la diminution du risque, la définition du besoin, ou l'amélioration des relations entre les parties et de l'exécution des contrats de la commande publique. En revanche, des dissensions – sinon des contradictions – apparaissent entre les sondés s'agissant de deux composantes de la simplification du droit de la commande publique : la sécurité juridique (stabilité, intelligibilité, prévisibilité, et cohérence des normes) et la flexibilité (liberté, marge de manœuvre allouée par les normes). Alors qu'un grand nombre de sondés lie spontanément la sécurité juridique et la simplification du droit de la commande publique, la préférence des sondés va à des normes générales (plus souples et éventuellement moins sécurisantes), plutôt qu'à des normes détaillées (plus sécurisantes et éventuellement moins complexes), lorsqu'ils sont directement interrogés sur les normes qu'ils privilégieraient. Les sondés sont également partagés s'agissant de la question de savoir si la stabilité des règles relève ou non de la simplification du droit de la commande publique.

Les définitions de la simplification du droit de la commande publique proposées par certains sondés reposent sur le contenu précis de certaines normes de la commande publique, et sont ainsi dotées d'un aspect transversal plus restreint que les composantes précédemment identifiées. Parmi ces composantes, les plus générales portent naturellement sur les charges administratives des autorités contractantes et des opérateurs économiques, ainsi que sur les disparités de règles ou pratiques. Si un consensus semble apparaître au titre des premières – une part significative des sondés estimant que la simplification recouvre l'allègement du formalisme administratif et la facilitation de l'accès à la commande publique –, les réponses des sondés confirment la dissension se dessinant déjà lors des entretiens s'agissant de la seconde. En effet, les sondés ne s'accordent pas sur la nécessité d'une harmonisation entre les règles, outils et pratiques ni, le cas échéant, sur le degré d'harmonisation nécessaire. Le manque de compréhension et d'uniformité est également mis en cause, par un nombre bien plus restreint de sondés, s'agissant cette fois des procédures et des pratiques. Enfin, d'un point de vue davantage procédural, et dans la continuité à la fois de l'allègement du formalisme ainsi que de l'harmonisation, certains sondés lient spontanément la simplification du droit de la commande publique à la réduction du nombre de catégories de procédures ou de contrats, aux seuils, ainsi

qu'à l'assouplissement de certains aspects de la passation (s'agissant des procédures, comme la procédure avec négociation, ou des techniques d'achat).

Au-delà des objectifs ou du contenu des mesures de simplification du droit de la commande publique, certains sondés ont inclus, au sein de leur définition ou dans leurs réponses à des questions plus précises, des vecteurs ou outils de simplification. S'agissant de la création des normes, certains sondés émettent des recommandations générales quant à des aspects formels de rédaction, à la participation des praticiens à la création des normes, ou encore aux sources qui devraient être mobilisées. Le seul consensus qui apparaisse tient au fait que la jurisprudence n'a pas la préférence des sondés face au droit « dur » ou au droit « souple » (comme les guides de la DAJ du Minefi). La codification du droit de la commande publique fait en revanche l'objet d'une perception contrastée : la majorité des sondés l'inclut dans leur définition de la simplification, tout en soulignant les limites relevant de la structure et de la lisibilité du Code de la commande publique. Dans le prolongement, une faible proportion de sondés met spontanément en cause l'efficacité et l'effet simplificateur des outils actuels de la commande publique (comme ceux ayant trait à la publicité ou à la facturation), qui gagneraient à être améliorés. Enfin, l'intensification de l'accompagnement des acteurs de la commande publique apparaît comme un outil efficace et souhaité de simplification, bien que les sondés ne s'accordent pas nécessairement sur le contenu, les formes ou les destinataires d'un tel accompagnement.

En complément d'éléments de définition *stricto sensu* de la simplification du droit de la commande publique, des réponses comportaient des indications quant à la perception de la simplification. Ainsi, une part significative des sondés a spontanément inclus, dans les définitions de la simplification du droit de la commande publique, leur perception de celle-ci. Ces éléments sont complétés par deux autres questions du sondage, permettant de déterminer si la simplification du droit de la commande publique est un objectif réalisable et prioritaire. La combinaison de l'ensemble de ces réponses indique que si certains sondés ont une perception négative des mesures déjà adoptées de simplification et mettent même en doute la possibilité d'une simplification effective, la majorité des sondés estime que la simplification du droit de la commande publique est nécessaire et prioritaire. Une faible proportion de sondés attire en revanche l'attention sur l'importance de la professionnalisation des acteurs de la commande publique, qui constitue selon eux un prérequis, voire une priorité, face à la simplification.

Enfin, il convient de souligner que les définitions données ont parfois conduit les sondés à mettre en avant des facteurs de complexité, voire à faire des propositions de simplification, alors que ces éléments étaient questionnés ultérieurement.

Précisément, l'enquête quantitative autour des obstacles à la simplification du droit – ou des facteurs de complexité du droit – s'est déroulée en deux étapes. Lors de la première, 433 sondés ont répondu librement (par leurs commentaires) à la question suivante : « *quels sont, selon vous, les facteurs de complexité du droit de la commande publique ?* ». Lors de la seconde, 561 sondés ont sélectionné une ou plusieurs propositions dans un questionnaire à choix multiples. Les résultats obtenus permettent de dresser un classement par ordre décroissant des sources de complexité du droit de la commande publique en fonction de leur niveau d'incidence et de conclure que selon les enquêtés, la complexité du droit de la commande publique résulte principalement des textes juridiques, tandis que leur interprétation ou la pratique n'y contribuent que de manière marginale.

	Nb de réponses	Valeur en % (nb de réponses)	Valeur en % (nb de sondés)
<i>Réponses proposées dans le questionnaire à choix multiples</i>			
Le formalisme exigé par les textes	292	14,9	52
Le formalisme exigé par la pratique	173	8,8	30,8
L'inflation normative	318	16,3	56,6
L'existence de plusieurs niveaux normatifs (national et européen)	229	11,7	40,8
La surtransposition des directives européennes	247	12,6	44
La multiplication des objectifs assignés à la commande publique	339	17,3	60,4
La multiplicité des procédures de passation	208	10,6	37
La jurisprudence	143	7,3	25,4

En réunissant 17,3 % de la totalité des réponses, la « *multiplication des objectifs assignés à la commande publique* » représente le premier facteur de complexité du droit de la commande publique selon les sondés. Cette proposition apparaît comme la plus consensuelle, puisqu'elle est choisie par une large majorité des personnes interrogées — 62,2 % au total —, même si son niveau d'adhésion varie selon les différentes catégories. En effet, le poids de cette instrumentalisation de la commande publique à des fins politiques est davantage ressenti par les autorités contractantes (66,8 %) que par les opérateurs économiques (41,3 %). Ce net différentiel s'explique par le fait que les autorités contractantes sont les premières débitrices du

respect des obligations découlant des objectifs stratégiques assignés à la commande publique. Il convient, en outre, d'observer que parmi les 45 commentaires (soit environ 10 %) qui envisagent spontanément ce phénomène comme une source de complexité du droit de la commande publique, 40 sont le fait d'autorités contractantes. Les critiques émises par les sondés à cette occasion portent tantôt sur la généralisation des objectifs stratégiques, tantôt sur leur difficile articulation, tantôt sur les difficultés liées à leur mise en œuvre concrète.

En seconde position, avec 16,3 % du total des réponses, l'*« inflation normative »* est envisagée comme un facteur de complexité par 56,7 % des enquêtés dans des proportions relativement équilibrées entre les différentes catégories. Dans leurs commentaires, les sondés envisagent spontanément ce facteur de complexité du droit dans toutes ses dimensions, celui-ci étant tenu pour responsable de la dispersion des normes dans différents *corpus* (13,3 % des commentaires²), de l'instabilité normative (10,6 % des commentaires³) ainsi que de la spécialisation des règles, c'est-à-dire de la multiplication des régimes spécifiques et des exceptions (15,2 % des commentaires⁴).

Peu envisagé par la doctrine, le « *formalisme exigé par les textes* » ne se situe pas moins au troisième rang des facteurs de complexité selon les sondés, avec 14,8 % du total des réponses. Le « *formalisme exigé par la pratique* » arrive quant à lui en septième position, soit l'avant-dernier, avec 8,8 % du total des réponses. Ce désaccord sur l'origine du formalisme – les textes ou la pratique – s'explique par la surreprésentation des autorités contractantes parmi les répondants à l'enquête, celles-ci étant naturellement moins enclines à reconnaître leur part de responsabilité dans la lourdeur administrative. À cet égard, on observe qu'elles sont seulement 26 % à identifier « *le formalisme exigé par la pratique* » comme une source de complexité, contre 37 % de la totalité des avocats et 53,3 % de la totalité des opérateurs économiques. À rebours, la répartition entre les différentes catégories de sondés est nettement plus équilibrée s'agissant du « *formalisme exigé par les textes* », puisqu'ils sont respectivement 41,3 % des avocats, 48 % des opérateurs économiques et 53,8 % des autorités contractantes à avoir coché cette réponse. Les différents « foyers » de formalisme identifiés par les sondés dans leurs commentaires recoupent largement ces deux facettes. En effet, si les obligations de publicité et de transparence qui pèsent sur les autorités contractantes⁵ sont issues

² 58 sur 433 commentaires.

³ 46 sur 433 commentaires.

⁴ 66 sur 433 commentaires.

⁵ Elles sont 12 au total (soit 2,7 % des 433 commentaires) à l'envisager comme un facteur de complexité.

des textes, la lourdeur des dossiers de candidature⁶, ainsi que le formalisme des procédures résultent aussi bien des textes que d'une surestimation des risques pénaux, contentieux et financiers par les autorités contractantes⁷. La dématérialisation, envisagée par les pouvoirs publics comme un remède au formalisme, n'en est pas moins envisagée dans les commentaires de 25 sondés comme un facteur de complexité, eu égard, notamment, à la multiplicité des plateformes, aux problèmes liés à leur interopérabilité et à la sécurité des données⁸.

En totalisant 12,6 % du total des réponses, la « *surtransposition des directives européennes* » se place quant à elle au quatrième rang des sources de complexité selon les sondés. La proposition est sélectionnée par seulement 44 % des sondés et elle n'est mentionnée spontanément que dans 9 commentaires. L'hypothèse la plus pertinente pour expliquer ce faible succès est que la formulation de ce facteur est impropre à rendre compte de l'ensemble des difficultés rencontrées par les praticiens, à l'instar de l'existence de plusieurs niveaux normatifs.

En effet, l'*« existence de plusieurs niveaux normatifs (l'un national, l'autre européen) »* se place au cinquième rang des facteurs de complexité, avec 14,9 % de la totalité des réponses. Sur la totalité des sondés, 40,8 % ont coché cette réponse dans le questionnaire à choix multiples, dans des proportions relativement équilibrées entre les différentes catégories. Ainsi, tout comme la surtransposition des directives, l'existence de plusieurs niveaux normatifs s'inscrit dans un phénomène plus global de fragmentation formelle des normes afférentes à la commande publique et des incohérences qui en découlent. Cette hypothèse est confirmée par les commentaires des sondés qui visent davantage ces problématiques⁹ que l'empilement des niveaux normatifs. Elle est également corroborée par une autre partie du sondage dans laquelle les enquêtés étaient invités à répondre à la question suivante « *identifiez-vous des contradictions entre le Code de la commande publique et d'autres textes ?* ». Sur les 286 sondés à avoir répondu à cette question, on trouve 182 réponses positives contre 104 réponses négatives. Ainsi, la majorité des répondants à cette question, soit 63,6 % d'entre eux, estime que le Code de la commande publique contredit ou est contredit par d'autres textes. Les textes ou les *corpus* de textes identifiés dans les 153 commentaires produits par les sondés sont nombreux : 33 au total, parmi lesquels le Code des assurances (43 sondés), le droit de l'Union européenne (18 sondés),

⁶ Sur les 433 commentaires, 41 visent spontanément les dossiers de candidature, soit 9,4 % du total.

⁷ Cette source de complexité est envisagée par 29 commentaires, soit 6,6 % des 433 totalisés.

⁸ Soit 5,7 %.

⁹ 28 commentaires pour la fragmentation des normes et 28 pour le manque de cohérence entre ces dernières.

le Code de commerce (13 sondés) ou encore des lois récentes telles que la *loi Egalim* (4 sondés) ou la *loi Climat et Résilience* (2 sondés).

La « *multiplicité des procédures de passation* » se situe, pour sa part, au sixième rang des facteurs de complexité proposés dans le questionnaire à choix multiples, avec un taux de réponse de 10,6 %. Sur les 561 sondés qui y ont répondu, ils sont 37 % à envisager la multiplicité des procédures de passation comme une source de complexité, tandis que seuls 26 commentaires¹⁰ mentionnent spontanément ce phénomène. Cependant, d'autres facteurs de complexité identifiés dans les commentaires recoupent largement la question de la multiplicité des procédures : la diversité des seuils (14 % des commentaires), la rigidité (9,9 %) et la complexité des procédures (10,8 %), ainsi que leur manque de clarté (4,8 %). Sur ce dernier point, on relèvera que les sondés s'interrogent massivement sur la distinction entre l'absence de publicité et de mise en concurrence d'une part, et la procédure adaptée d'autre part, eu égard au débat autour de la pratique des trois devis.

La « *jurisprudence* » se place enfin au huitième et dernier rang des sources de complexité, avec 7,3 % du total des réponses. Ce facteur de complexité est, par ailleurs, identifié par seulement 26 % des sondés. On relèvera que ce facteur divise les sondés : il est davantage ressenti par les autorités contractantes que par les opérateurs économiques. On dénombre certes 43 commentaires, soit environ 10 %, à mentionner l'interprétation des textes comme un facteur de complexité. Cela dit, seulement 25 visent expressément la jurisprudence pour en critiquer la rigidité, l'instabilité, ainsi que sur l'inaccessibilité intellectuelle.

Au-delà de ces facteurs « croisés », certaines sources de complexité identifiées par les enquêtés dans leurs commentaires méritent un traitement spécifique, sauf à les rattacher artificiellement aux propositions du questionnaire à choix multiples.

À cet égard, on observe que 12,2 % des sondés mentionnent spontanément l'absence de clarté des règles de droit ou le manque de lisibilité des textes, à commencer par le Code de la commande publique critiqué pour sa structure ainsi que la rédaction de certaines de ses dispositions. Le caractère inadapté à la pratique de certaines règles du droit de la commande publique – par exemple la durée de validité des offres – est, pour sa part, envisagé par 7,6 % de la totalité des 433 commentaires. Le manque d'accessibilité matérielle et intellectuelle des règles de droit, en particulier pour les petites et moyennes entreprises ainsi que les petites collectivités territoriales, est mentionné par 5,3 % d'entre eux. Il en est de même pour la rigueur

¹⁰ Soit 6% de la totalité.

excessive de certaines règles de droit, à l'image du régime des modifications contractuelles, qui est tenue pour responsable de la complexité du droit de la commande publique par 5 % des 433 sondés à avoir produit un commentaire. Le facteur humain, c'est-à-dire l'interprétation et la pratique des règles par les autorités contractantes, ainsi que le manque de formation des acteurs de la commande publique, sont envisagés comme une source de complexité par 15 commentaires, soit 3,4 % du total. Par ailleurs, 8 commentaires mentionnent la définition du besoin et 2 le *sourcing* parmi les facteurs de complexité. L'analyse des offres et le choix du cocontractant (spécialement les motifs d'exclusion), sont autant de sources de complexité spontanément identifiées par 22 sondés dans leurs commentaires (soit 5 %). Enfin, le suivi et l'exécution financière des contrats de la commande publique constituent un facteur de complexité pour 8 sondés.

La troisième partie du sondage portait sur l'appréciation des mesures de simplification du droit de la commande publique relevant du droit positif, c'est-à-dire des mesures déjà adoptées. En miroir des deux premières parties, le questionnaire sur ces mesures débutait par une question ouverte permettant aux sondés d'indiquer les évolutions récentes en droit de la commande publique qu'ils estiment simplificatrices. Le questionnaire comportait ensuite une sélection de huit mesures récentes dont l'effet simplificateur devait être évalué par les sondés (l'adoption du Code de la commande publique, la structure de ce code, la réforme du régime des modifications des contrats de la commande publique à la suite des directives de 2014, le rehaussement du seuil des marchés de travaux à 100 000 euros, l'augmentation du taux des avances de 20 % à 30 % pour les marchés publics de l'État, la suppression de la borne de fin de remboursement des avances, l'abaissement du taux de retenue de garantie de 5 % à 3 % pour les PME et TPE, ainsi que l'autorisation de constitution et de modification d'un groupement d'opérateurs économiques avant la signature du marché).

La majorité des sondés reconnaît, spontanément ou en réponse à des questions évoquant des mesures précises, que la simplification du droit de la commande publique est en cours ces dernières années. Il convient ainsi de relativiser la perception négative de cette simplification ou son absence au sein du droit positif. Il importe toutefois de souligner une différence importante entre les résultats de la question ouverte et ceux des questions fermées (c'est-à-dire des questions sur les huit mesures récentes sélectionnées.) Le nombre de sondés estimant qu'aucune mesure récente n'est simplificatrice a diminué entre la question ouverte et les

questions fermées, alors que le nombre de sondés ayant répondu a augmenté entre ces deux questions. Cette différence ne peut se comprendre qu'à la condition que des sondés ayant répondu spontanément aient reconnu ensuite, lors de la lecture de la liste des mesures qui leur était soumise, des vertus simplificatrices à certaines mesures récentes auxquelles ils n'avaient vraisemblablement pas pensé.

La combinaison des réponses à la question ouverte et des réponses aux questions sur les huit mesures récentes sélectionnées révèle que les deux mesures de simplification les plus consensuelles au sein des sondés sont le rehaussement du seuil de dispense de publicité et de mise en concurrence préalables pour les marchés de travaux ainsi que la codification du droit de la commande publique. Les effets simplificateurs de ces mesures peuvent toutefois être légèrement nuancés par d'autres réponses au sondage. S'agissant de la dispense de publicité et de mise en concurrence préalables pour les marchés de travaux, la majorité des sondés affirme n'y recourir que rarement (soit dans moins de 24,99 % de leurs marchés de travaux de moins de 100 000 euros) ou jamais. Ceci pourrait s'expliquer par d'autres éléments de réponse apportés par les praticiens dans le cadre des entretiens ou dans des réponses à d'autres questions du sondage. En effet, plusieurs praticiens mettent en cause l'incertitude juridique entourant les exigences des marchés publics dispensés de publicité et de mise en concurrence préalables ainsi que, corrélativement, le risque de délit de favoritisme. Ces éléments seraient à l'origine de la frilosité des acheteurs publics à mobiliser cet outil. En ce qui concerne la codification, l'effet simplificateur de l'*adoption* du Code de la commande publique fait davantage consensus que l'effet simplificateur de la *structure* de ce code. Les sondés n'étant pas interrogés sur les motifs de cette différence, seules des hypothèses peuvent être émises. Il est vraisemblable que, comme toute codification, l'adoption du Code de la commande publique permette de renforcer la lisibilité des normes par leur réunion des normes dans un seul *corpus*. S'agissant des effets simplificateurs plus limités de la structure du code selon les sondés, des éléments d'explication pourraient être tirés de réponses à d'autres questions du sondage ou des entretiens. Plusieurs praticiens ont par exemple souligné les difficultés pour identifier, à la lecture du plan du Code de la commande publique, le champ d'application *ratione personae* des normes (en l'occurrence les autorités contractantes auxquelles les normes s'appliquent).

Les autres mesures récentes sélectionnées sont perçues comme simplificatrices par une plus faible proportion de sondés. Le classement par ordre de grandeur (du nombre le plus élevé de réponses favorables à leur effet simplificateur au nombre le plus faible) révèle qu'après le Code de la commande publique (*adoption* et *structure*) ainsi que le rehaussement du seuil des

marchés de travaux à 100 000 euros, apparaissent comme simplificatrices en première place la possibilité de constituer un groupement ou d'en modifier la composition en cours de passation de certains marchés publics, en deuxième place le régime des modifications suite aux directives de 2014, en troisième place la suppression de la fin de remboursement des avances, en quatrième place l'abaissement du taux de retenue de la garantie de 5 % à 3 % pour les PME et TPE, et enfin (en cinquième place) l'augmentation du taux des avances de 20 % à 30 % pour les marchés publics de l'État.

L'ensemble de ces résultats sur les mesures récentes permet de dresser un constat qu'une minorité de sondés affirmait dans le cadre des réponses ouvertes : les mesures les plus récentes, à l'exception du rehaussement du seuil des marchés de travaux, se concentrent sur les opérateurs économiques et non les autorités contractantes. Pour autant, il faut garder à l'esprit un élément essentiel, celui de la surreprésentation des acheteurs et des autorités concédantes dans les réponses au sondage. Le nombre d'autorités contractantes ayant participé à cette enquête est 6,17 fois plus important que le nombre d'opérateurs économiques. Il convient donc de rester prudent sur les conclusions à tirer de ces résultats. En l'état, il est tout de même possible de considérer que l'objectif principal du décret n° 2024-1517 du 30 décembre 2024 est atteint, puisqu'il visait à « *simplifier l'accès des entreprises à la commande publique* », ce que les opérateurs économiques semblent confirmer. En outre, ces données témoignent que si une part de subjectivité est susceptible de guider l'évaluation qu'un sujet peut avoir de la simplification du droit de la commande publique, il demeure possible de trouver des consensus et, surtout, de considérer une mesure comme simplificatrice, sans être directement concerné par elle. L'appréhension de la simplification du droit n'est donc pas enfermée dans la subjectivité : même si le risque d'une telle réaction ne doit pas être écarté, la simplification ne dépend pas uniquement du référentiel dans lequel se trouve l'observateur. Ce dernier peut souscrire à la simplification même s'il n'en récolte pas, lui-même, les principaux fruits. Des mesures portées par un objectif de simplification pour une catégorie peuvent finalement se répercuter positivement pour une autre, à l'image de l'autorisation de constitution et de modification d'un groupement d'opérateurs économiques avant la signature du marché qui, si elle vise principalement les opérateurs économiques, est tout de même plébiscitée par les autorités contractantes pour la souplesse opérationnelle et la sécurité juridique qu'elles obtiennent.

La quatrième et dernière partie du sondage adoptait une approche prospective, en interrogeant les sondés sur huit mesures potentielles de simplification du droit de la commande publique. À la différence des autres parties du sondage, cette portion de questionnaire ne comportait pas de question ouverte. L'intégralité des mesures proposées a recueilli l'avis favorable d'au moins 57 % des sondés, toutes catégories confondues (autorités contractantes, avocats, et opérateurs économiques).

La mesure ayant recueilli le nombre le plus élevé de réponses favorables est la centralisation, par l'État, des documents et attestations nécessaires au dossier de candidature (comme les attestations fiscales ou les condamnations éventuelles de l'entreprise). Les résultats à cette question du sondage confortent les critiques (portées par les participants lors des entretiens semi-directifs et d'autres questions du sondage) à l'encontre de la complexité administrative qui irrigue la commande publique, tant du côté des autorités contractantes que des opérateurs économiques. La préférence des sondés pour cette mesure s'explique ainsi naturellement par l'allègement du formalisme administratif qu'elle générerait. Les sondés étaient également interrogés sur l'outil d'accès aux documents et attestations centralisés par l'État et, plus précisément, sur la question de savoir si le dispositif devait constituer ou non en une plateforme numérique. Les sondés ayant répondu sont majoritairement favorables à une option numérique (85,34 % des sondés ayant répondu positivement, contre 7,57 % négativement et 7,09 % sans opinion).

La deuxième mesure ayant reçu le plus grand nombre de réponses favorables tient à la réduction du nombre de normes. Ces résultats peuvent interpeller, puisque les sondés s'étaient majoritairement prononcés contre le lien entre abrogation des règles et simplification du droit de la commande publique (dans le cadre de la première partie du sondage portant sur la définition positive de la simplification). Le fait que les autorités contractantes favorables à cette mesure soient légèrement plus nombreuses que les avocats et les opérateurs économiques peut s'expliquer par le fait que la réduction du nombre de normes aurait la vertu d'alléger les contraintes pesant principalement sur les autorités contractantes, chargées d'initier la procédure de passation et garantes de sa conformité. Le consensus entre les sondés se dissipe en revanche s'agissant de l'identification des normes qui devraient être supprimées, les réponses des sondés étaient très diverses sur cette question (ex : normes procédant à une surtransposition des directives européennes, normes absentes du Code de la commande publique, interdiction de négociation).

La troisième mesure ayant la faveur des sondés est la généralisation de la procédure adaptée pour l'ensemble des marchés publics entre 40 000 euros et les seuils européens (c'est-à-dire la suppression du seuil de 90 000 euros de publicité formalisée). Cette mesure est plus favorablement accueillie par les autorités contractantes que par les avocats et les opérateurs économiques. Ce constat est parfaitement logique puisque les autorités contractantes constituerait les premières bénéficiaires de l'allègement des mesures de publicité. À rebours, les opérateurs économiques pourraient, *de facto*, perdre des chances de participer à une procédure de passation en manquant l'information du lancement d'une procédure de passation.

La quatrième mesure la plus plébiscitée tient à l'unification du contentieux de la commande publique autour de la compétence du juge administratif. Si plusieurs vertus sont associées à une telle mesure par certains sondés (comme l'homogénéité de l'interprétation et la simplification des recours), plusieurs limites apparaissent dans les réponses d'autres sondés, en miroir des critiques déjà émises par certains interviewés et travaux doctrinaux sur le même sujet. Ces limites tiennent principalement au dualisme juridictionnel, les sondés mettant en exergue l'existence de compétences exclusives de certaines juridictions en la matière ainsi que le risque de mutation du régime juridique des contrats nouvellement soumis à la compétence du juge administratif (en application de la liaison de la compétence et du fond).

La cinquième mesure ayant reçu le nombre le plus élevé de réponses favorables des sondés est la réinstauration du marché public simplifié (MPS), permettant une réponse à un marché public via une plateforme dématérialisée avec un numéro SIRET. Ce dispositif emporte davantage la conviction des opérateurs économiques que des avocats et des autorités contractantes, ce qui contraste avec la plupart des résultats de cette quatrième partie du sondage. Une hypothèse peut être formulée pour expliquer ces résultats : les opérateurs économiques seraient les premiers bénéficiaires de l'allègement des formalités administratives consécutif à l'adoption d'une telle mesure. Il est, en revanche, plus surprenant de constater l'enthousiasme mesuré des autorités contractantes, qui se plaignent pourtant massivement du caractère coûteux et chronophage de l'analyse des dossiers de candidature. Dans le détail, aucune hypothèse spécifique ne peut être formulée pour expliquer les variations conséquentes – entre 50 % pour les personnes publiques *sui generis* et 90, 91% pour les départements – au sein de la catégorie des autorités contractantes. En revanche, on observe que le taux d'opérateurs économiques favorables à la restauration du marché public simplifié croît proportionnellement avec le nombre d'employés, avec toutefois une rupture pour les entreprises de moins de 50 salariés.

Aussi, cette mesure paraît plus favorable aux grandes entreprises qu'aux TPE/PME, probablement pour des raisons tenant à la technicité de cet outil.

La sixième mesure ayant la faveur des sondés repose sur la clarification des exigences applicables aux marchés publics inférieurs à 40 000 euros. Faisant écho aux risques déjà mentionné mis en exergue par les interviewés s'agissant des dispenses de publicité et de mise en concurrence préalables, les sondés (en particulier les autorités contractantes) sont en majorité favorables à une telle mesure. Il n'existe toutefois aucun consensus quant à l'outil souhaité de clarification des exigences applicables aux dispenses de publicité et de mise en concurrence préalables (ex : loi, décret, jurisprudence, droit « souple »), ni quant au contenu d'une telle clarification (ex : conditions minimales de concurrence incluant le roulement des titulaires, distinction avec la procédure adaptée).

En septième place apparaît la suppression des conditions de recours à la procédure avec négociation pour les marchés publics des pouvoirs adjudicateurs. Les résultats du sondage contrastent légèrement avec ceux des entretiens, puisque deux tiers des interviewés étaient favorables à la suppression des conditions de recours à la procédure avec négociation, contre 63,87 % des sondés estimant qu'une telle mesure serait simplificatrice. Plusieurs hypothèses peuvent être avancées, sans certitude, pour expliquer l'engouement plus faible des sondés s'agissant de cette mesure. Tout d'abord, la suppression des conditions de recours à la négociation supprimerait une contrainte pour les pouvoirs adjudicateurs davantage que pour les opérateurs économiques. Pour autant, l'assouplissement du recours à la négociation est également plébiscité par les opérateurs économiques, comme en atteste l'enquête qualitative. Certains opérateurs économiques comme les TPE pourraient toutefois être moins convaincus par cette mesure, car dotés d'un degré d'expertise moins élevé s'agissant de la négociation (faute d'expérience et de personnels dédiés suffisants en la matière). Ensuite, il est possible que les opérateurs économiques de manière générale soient plus sceptiques quant à l'effet simplificateur, en pratique, de la suppression des conditions de recours à la procédure avec négociation pour les pouvoirs adjudicateurs. Ils pourraient avoir le sentiment que la négociation est généralement limitée au prix, et qu'ainsi le recours plus fréquent à la négociation ne permettrait pas de réels échanges ou avancées entre les candidats et les autorités contractantes.

En huitième et dernière place figure la réduction du nombre de procédures de passation des marchés publics. À l'instar d'autres mesures proposées aux sondés, la réduction du nombre de procédures de passation n'est pas dénuée d'avantages à lire certaines réponses des sondés

(comme le gain de temps ou le renforcement de la sécurité juridique en réduisant le risque contentieux relatif au choix de la procédure ou à l'application des règles procédurales). Toutefois, une part importante des sondés estime qu'une telle mesure ne serait pas suffisamment, voire pas du tout, simplificatrice pour diverses raisons (comme la maîtrise des procédures actuelles ou la souplesse de l'achat résultant du nombre actuel de catégories de procédures de passation).

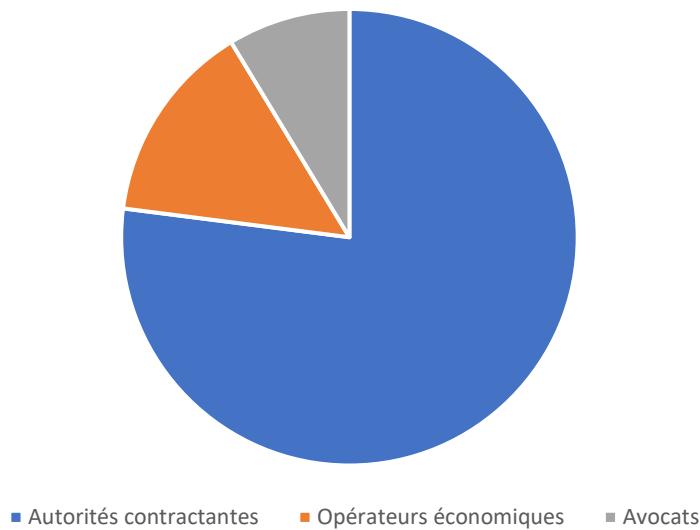
SYNTHÈSE DES SONDAGES

INTRODUCTION

Enquête quantitative. Dans la continuité des entretiens menés auprès de 21 praticiens du droit de la commande publique, une enquête quantitative a été menée au moyen de sondages en ligne destinés aux autorités contractantes, aux opérateurs économiques ainsi qu'aux avocats spécialisés dans le droit de la commande publique. Pour une meilleure comparaison des résultats, la structure de la grille de sondages suivait celle de la grille d'entretiens. Les sondages étaient accessibles du 19 juin au 14 juillet 2025 sur la plateforme *LimeSurvey*, et partagés sur la page *LinkedIn* de la Chaire ainsi que par certains partenaires et des organismes tiers.

Panel des sondés. Si 1109 personnes ont ouvert le sondage, 657 ont répondu à un moins une question et 495 ont tout traité. Précisément, le panel des sondés se compose de la manière suivante :

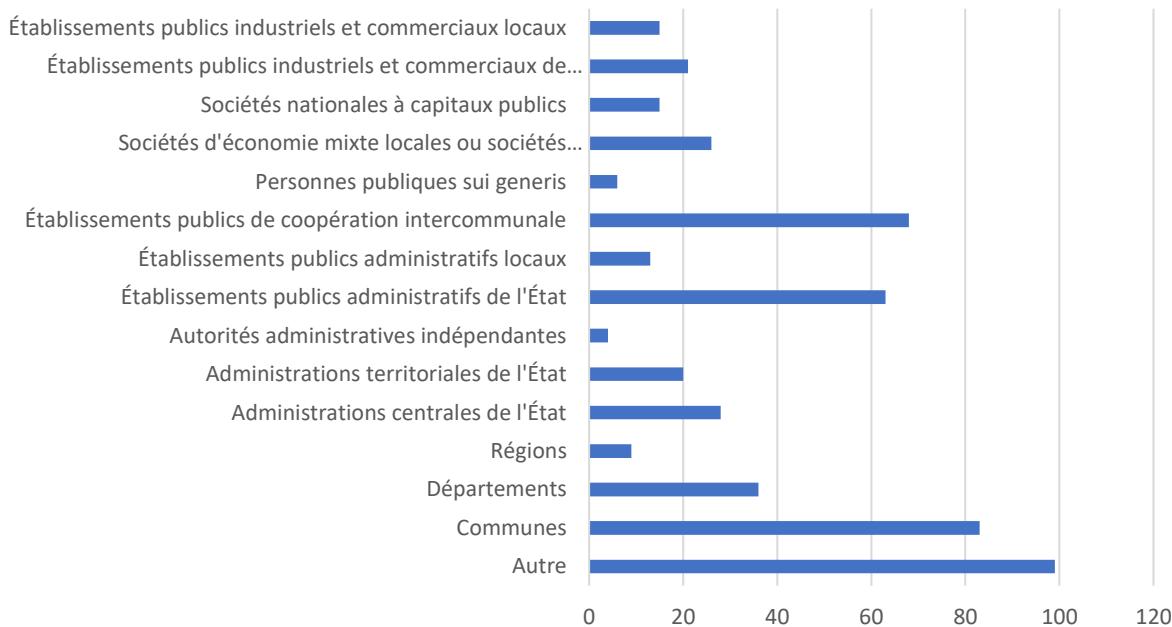
Figure 2.01 : Panel des répondants au sondage



- Pour la catégorie « Autorités contractantes » : 506 autorités contractantes ont participé à l'enquête quantitative, soit 77% de l'ensemble des répondants. Parmi elles, 99 n'apportent aucune précision sur la catégorie à

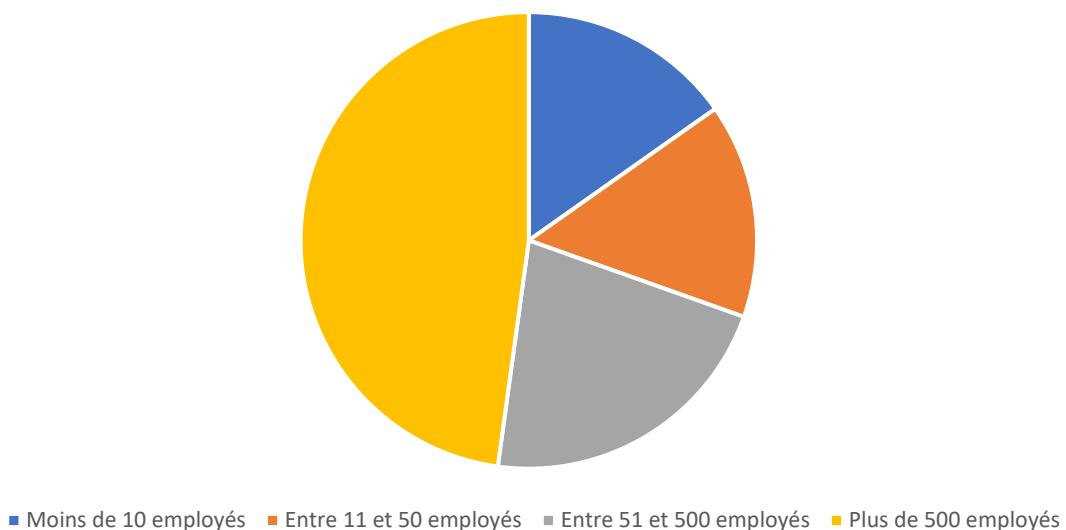
laquelle elles appartiennent (« *autre* »), 83 sont des communes, 36 des départements, 9 des régions, 28 des administrations centrales de l’État, 20 des administrations territoriales de l’État, 4 des autorités administratives indépendantes, 63 des établissements publics administratifs de l’État, 13 des établissements publics administratifs locaux, 68 des établissements publics de coopération intercommunale, 6 des personnes publiques *sui generis*, 26 des sociétés d’économie mixte locales ou des sociétés publiques locales, 15 des sociétés nationales à capitaux publics, 21 des établissements publics industriels et commerciaux de l’État, 15 des établissements publics industriels et commerciaux locaux. **Si 48 des autorités contractantes ayant répondu aux sondages sont des petites structures de moins de 50 agents, 177 emploient entre 51 et 500 agents, et 281 plus de 501 agents. Elles sont, par ailleurs, 450 à agir en qualité de pouvoir adjudicateur et 56 en qualité d’entité adjudicatrice.** Enfin, les principaux contrats publics conclus par ces organismes sont des marchés publics de fournitures et services (477), des marchés publics de travaux (405), des marchés publics de maîtrise d’œuvre (364), des marchés globaux (107), des concessions de services (100), des marchés de partenariat ou des contrats de partenariat public-privé (36) et des concessions de travaux (24).

Figure 2.02 : Répartition par catégorie des autorités contractantes sondées



- Pour la catégorie « Opérateurs économiques » : 94 opérateurs économiques ont participé à l'enquête quantitative, soit 14 % de l'ensemble des répondants. Parmi eux, on compte 14 entreprises de moins de 10 employés, 14 entreprises comptant entre 11 et 50 employés, 20 entreprises comptant entre 51 et 500 employés, 44 entreprises de plus de 500 salariés, 1 association à but non lucratif et 1 autre. Les opérateurs économiques sondés sont principalement titulaires de marchés publics de fournitures et services (70), de marchés publics de travaux (51), de marchés globaux (24), de marchés publics de maîtrise d'œuvre (20), de concessions de services (18), de marchés de partenariat ou contrats de partenariat public-privé (15) et de concessions de travaux (11).

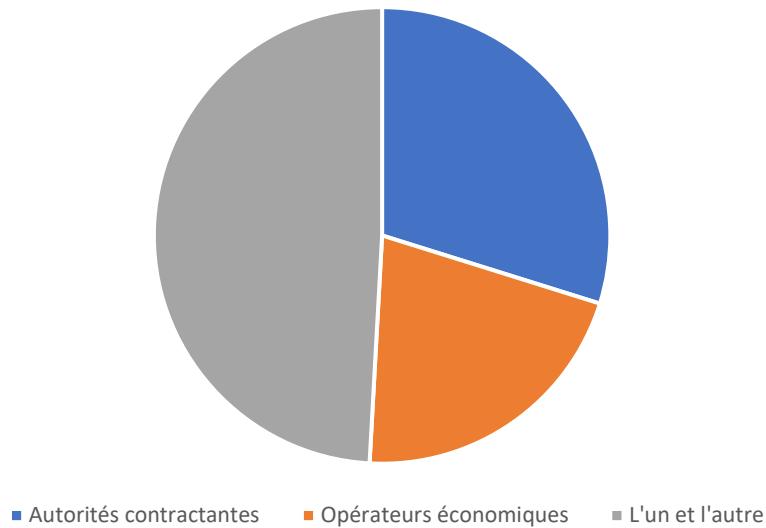
Figure 2.03 : Répartition des opérateurs économiques sondés en fonction du nombre de personnes employées



- Pour la catégorie « Avocats » : 57 avocats ont participé à l'enquête quantitative, soit 9 % de la totalité des répondants. Parmi les avocats sondés, 17 ont moins de 5 ans d'expérience, 5 ont entre 5 et 10 ans d'expérience et 35 plus de 10 ans d'expérience. Ils sont 28 à conseiller aussi bien des autorités contractantes que des opérateurs économiques, 17 à conseiller exclusivement des autorités contractantes et 12 des opérateurs économiques. Les dossiers sur lesquels les avocats sondés sont saisis concernent majoritairement des marchés publics de travaux (44), des marchés publics de fournitures et services (36), des concessions de service (33), des marchés publics

de maîtrise d'œuvre (31), des marchés globaux (25), des concessions de travaux (19) et des marchés de partenariat ou contrats de partenariat public-privé (16).

Figure 2.04 : Répartition par structures conseillées des avocats sondés



Thèmes abordés. Les données récoltées – présentées ci-après – sont classées dans l'ordre de la grille de sondages afin que la synthèse reste fidèle au déroulement des enquêtes de terrain. À l'instar des entretiens, les sondages débutaient par un état des lieux de la notion de simplification dans le but de dresser une étude empirique de ses composantes et des facteurs de complexité à laquelle elle entend remédier (**Section 1**). L'enquête quantitative se poursuivait par un bilan des mesures dite de simplification déjà adoptées en droit positif (**Section 2**). Elle se concluait enfin par l'évaluation de l'effet simplificateur de mesures prospectives préalablement identifiées dans la grille de sondages (**Section 3**)¹¹.

¹¹ Des résumés d'étape sont proposés au début de chaque grande subdivision.

SECTION 1 – LE REGARD DES PRATICIENS SUR LA SIMPLIFICATION DU DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE

L'ESSENTIEL À RETENIR

Les **définitions de la simplification du droit de la commande publique** proposées par les sondés attestent de l'absence de définition unique et consensuelle, ainsi que de l'existence d'une pluralité de composantes potentiellement contradictoires de la simplification. Le panorama général issu des réponses des sondés corrobore ainsi les résultats de l'enquête qualitative, mais également les principales composantes de la simplification identifiées dans le cadre de l'état du droit et de la doctrine.

Les définitions de la simplification du droit de la commande publique proposées par les sondés se sont accompagnées, pour une partie d'entre elles, d'indications quant à la perception des sondés s'agissant de la simplification. Lorsqu'ils sont interrogés sur leur définition de la **simplification déjà réalisée** du droit de la commande publique, certains sondés expriment spontanément une perception plutôt négative. Une part significative d'entre eux indique que les mesures de simplification du droit de la commande publique sont trop limitées, sinon que la simplification est utopique. Leur perception est en revanche plus positive lorsqu'ils s'inscrivent dans une démarche prospective. En effet, la majorité des sondés estime que la simplification du droit de la commande publique est réalisable, et même souhaitable.

S'agissant de la définition positive *stricto sensu*, il est possible de distinguer, non sans une part de subjectivité, les composantes transversales de la simplification du droit de la commande publique, les composantes portant sur l'évolution du contenu de certaines normes précises, et les outils de simplification.

Des **composantes transversales** de la simplification du droit de la commande publique sont spontanément identifiées par les sondés. Plusieurs composantes convergent dans une certaine mesure, car reposant sur la poursuite d'objectifs communs, à l'image de l'efficacité du droit de la commande publique, de la recherche d'un équilibre, ou d'un réexamen des normes actuelles de cette branche du droit – en analysant le nombre de normes, leur conformité à certains objectifs ou leur cohérence avec les principes fondamentaux du droit de la commande publique. Certains aspects légèrement plus précis naissent sous la plume d'une faible proportion de sondés, comme la diminution du risque, la définition du besoin, ou

l'amélioration des relations entre les parties et de l'exécution des contrats de la commande publique. En revanche, des dissensions – sinon des contradictions – apparaissent entre les sondés s'agissant de deux composantes de la simplification du droit de la commande publique : la sécurité juridique (stabilité, intelligibilité, prévisibilité, et cohérence des normes) et la souplesse normative (liberté, marge de manœuvre, allouée par les normes). Alors qu'un grand nombre de sondés lie spontanément la sécurité juridique et la simplification du droit de la commande publique, la préférence des sondés va à des normes générales (plus souples et éventuellement moins sécurisantes), plutôt qu'à des normes détaillées (plus sécurisantes et éventuellement moins complexes), lorsqu'ils sont directement interrogés sur les normes qu'ils privilégieraient.

Les définitions de la simplification du droit de la commande publique proposées par certains sondés reposent sur le **contenu précis de certaines normes de la commande publique**, et sont ainsi dotées d'un aspect transversal plus restreint que les composantes précédemment identifiées. Parmi ces composantes, les plus générales portent naturellement sur les charges administratives des autorités contractantes et des opérateurs économiques, ainsi que sur les disparités de règles ou pratiques. Si un consensus semble apparaître au titre des premières – une part significative des sondés estimant que la simplification recouvre l'allègement du formalisme administratif et la facilitation de l'accès à la commande publique –, les réponses des sondés confirment la dissension se dessinant déjà lors des entretiens s'agissant de la seconde. En effet, les sondés ne s'accordent pas sur la nécessité d'une harmonisation entre les règles, outils et pratiques ni, le cas échéant, sur le degré d'harmonisation nécessaire. Le manque de compréhension et d'uniformité est également mis en cause, par un nombre bien plus restreint de sondés, s'agissant cette fois des procédures et des pratiques. Enfin, d'un point de vue davantage procédural, et dans la continuité à la fois de l'allègement du formalisme ainsi que de l'harmonisation, certains sondés lient spontanément la simplification du droit de la commande publique à la réduction du nombre de catégories de procédures ou de contrats, aux seuils, ainsi qu'à l'assouplissement de certains aspects de la passation (s'agissant des procédures, comme la procédure avec négociation, ou des techniques d'achat).

Au-delà des objectifs ou du contenu des mesures de simplification du droit de la commande publique, certains sondés ont inclus, au sein de leur définition ou dans leurs réponses à des questions plus précises, des **vecteurs ou outils de simplification**. S'agissant de la création des normes, certains sondés émettent des recommandations générales quant à des aspects

formels de rédaction, à la participation des praticiens à la création des normes, ou encore aux sources qui devraient être mobilisées. **Le seul consensus qui apparaisse tient au fait que la jurisprudence n'a pas la préférence des sondés face au droit « dur » ou au droit « souple » (comme les guides de la DAJ).** La codification du droit de la commande publique fait néanmoins l'objet d'une perception contrastée, la majorité des sondés l'incluant positivement dans leur définition, non sans identifier des limites propres à la structure et à la lisibilité du code. Dans le prolongement, une faible proportion de sondés met spontanément en cause l'efficacité et l'effet simplificateur des outils actuels de la commande publique (comme ceux ayant trait à la publicité ou à la facturation), qui gagneraient à être améliorés. Enfin et en complément, l'intensification de l'accompagnement des acteurs de la commande publique apparaît comme un outil efficace et souhaité de simplification, bien que les sondés ne s'accordent pas nécessairement sur le contenu, les formes ou les destinataires d'un tel accompagnement.

S'agissant cette fois des **facteurs de complexité** que la simplification entend pallier, l'enquête quantitative confirme, sans grande surprise, l'hypothèse proposée au stade de l'état du droit et de la doctrine ainsi qu'à l'occasion des entretiens : la **complexité du droit** de la commande publique est **multifactorielle**. Sur cette question, les sondages présentent néanmoins un intérêt supplémentaire au sens où ils permettent d'évaluer avec davantage de précision le poids respectif de chacun de ces facteurs de complexité pour les praticiens de la commande publique. L'analyse quantitative de ces facteurs met ainsi en évidence que, selon la majorité des répondants, la complexité du droit de la commande publique résulte principalement des **textes juridiques** puisque celle-ci est alimentée par la **multiplication des objectifs assignés à la commande publique, l'inflation normative, le formalisme exigé par les textes**, la surtransposition des directives européennes, la multiplicité des procédures de passation, le manque de clarté et de lisibilité des textes, l'inaccessibilité, la rigidité ainsi que l'inadaptation des règles à la pratique. À rebours, **l'interprétation des règles et la pratique du droit de la commande publique** – en l'occurrence la jurisprudence, le formalisme pratique, le facteur humain, la définition du besoin ou encore l'analyse des offres – joueraient un rôle mineur dans cette complexité.

Objectif des enquêtes. Afin de dresser un état des lieux empirique de la simplification du droit de la commande publique, les sondés étaient invités à en proposer une définition positive (**§I.**). Le questionnaire comportait ensuite des questions relatives aux

facteurs de complexité entravant la simplicité de ce droit, c'est-à-dire la définition négative de la simplification du droit de la commande publique (**§II.**). Afin d'éviter toute falsification des résultats, le questionnaire a pris soin d'afficher sur une page préliminaire indépendante la question ouverte sur la définition, selon les sondés, de la simplification du droit de la commande publique. Cette précaution technique¹² entend réduire les risques de biais dans les résultats pouvant provenir d'une quelconque influence des questions suivantes. Elle était nécessaire au regard de la deuxième phase de l'enquête. Effectivement, dans un deuxième temps, les sondés devaient choisir, parmi une sélection de plusieurs composantes et moyens potentiels de simplification, ceux qui, selon eux, participent à la simplification du droit de la commande publique. La même démarche a été adoptée s'agissant de la définition négative de la simplification du droit de la commande publique, c'est-à-dire concernant les facteurs de complexité de ce droit. Ainsi, le questionnaire comportait une page préliminaire indépendante avec la question ouverte sur les facteurs de complexité du droit de la commande publique spontanément identifiés par les sondés, avant de proposer un choix entre plusieurs facteurs de complexité potentiels. Une précision terminologique doit ici être apportée s'agissant des réponses qualifiées de spontanées dans la synthèse ci-dessous, car n'étant guidées par aucune proposition de réponse. Il s'agit en effet des réponses aux questions dites ouvertes (celles demandant la définition de la simplification du droit de la commande publique ou des facteurs de complexité de ce droit, avant toute proposition d'élément de définition ou de facteur de complexité).

§I. Le regard des sondés sur la définition positive de la simplification du droit de la commande publique

Pluralité de composantes et de perceptions de la simplification du droit de la commande publique. Les définitions de la simplification du droit de la commande publique proposées par 506 sondés¹³ révèlent **l'absence de définition unique** qui fasse pleinement consensus, confirmant ainsi les résultats de l'enquête qualitative¹⁴. En outre, les définitions données ont parfois conduit les sondés à mettre en avant des facteurs de complexité

¹² À noter : aucun retour en arrière n'était autorisé lors de l'enquête afin de, là encore, préserver l'authenticité des résultats.

¹³ 404 AC, 36 AV, et 66 OE.

¹⁴ Cf. *supra*, Partie 2, Section 1, §I.

voire à faire des propositions de simplification, alors que ces éléments étaient questionnés ultérieurement.

Il est possible de classer les réponses des sondés en différents outils, objets et composantes de la simplification du droit de la commande publique. Cette présentation peut être complétée par celle fondée sur le nombre de réponses recueillies pour chaque composante de la simplification. Une précision méthodologique doit être apportée à ce stade pour ces deux présentations (classement par composante/outil/objet et classement par ordre d'importance). L'analyse des réponses des sondés sur les éléments de définition de la simplification du droit de la commande publique nécessitait un regroupement par mots-clefs afin d'en dresser, non sans une part de subjectivité, une typologie.

Par ailleurs, les définitions de la simplification du droit de la commande publique proposées par les sondés sont fréquemment denses et incluent ainsi plusieurs composantes, outils et objets de la simplification. Un grand nombre de sondés est ainsi comptabilisé dans plusieurs des subdivisions ci-dessous.

Le tableau ci-après dresse la liste des composantes de la simplification du droit de la commande publique identifiées spontanément par les sondés, et les classe par ordre de grandeur (de la composante ayant été identifiée par le plus grand nombre de sondés à celle ayant recueilli le nombre le plus faible de réponses des sondés) (**Figure 2.05**).

Figure 2.05 : Éléments de définition de la simplification du droit de la commande publique spontanément identifiés par les sondés

	AV	AC	OE	Total
<i>Nombre de réponses exploitables¹⁵</i>	36	404	66	506
Sécurité juridique	12	112	15	139
Efficacité du droit de la commande publique	3	78	7	88
Allègement du formalisme administratif	1	76	9	86
Facilitation de l'accès à la commande publique	2	67	10	79
Souplesse	2	57	5	64
Assouplissement des procédures ou techniques d'achat	5	46	5	56
Harmonisation ou uniformisation des règles et outils	1	29	9	39
Évolution du nombre de normes	3	27	8	37
Recherche d'un équilibre	2	30	1	33
Assouplissement du recours à la négociation	0	22	0	22
Seuils	1	16	2	19
Réévaluation des normes existantes	2	13	3	18
Cohérence des normes	2	10	2	14
Renforcement de l'accompagnement des acteurs de la commande publique	0	11	2	13
Lisibilité des procédures et pratiques	1	10	1	12
Codification	1	7	4	12

¹⁵ 10 autres sondés ont également fourni une réponse à la question portant sur la définition de la simplification du droit de la commande publique, mais leurs réponses ne sont pas compréhensibles et ne sont donc pas comptabilisées.

Simplification des outils de la commande publique	1	10	0	11
Réduction du nombre de catégories de procédures ou de contrats	2	7	1	10
Principes fondamentaux de la commande publique	2	4	2	8
Modalités de création et de rédaction des normes	1	6	1	8
Responsabilisation/autonomie des autorités contractantes	0	6	0	6
Amélioration des relations et de l'exécution du contrat	2	2	1	5
Diminution du risque	1	3	0	4
Sources des normes de simplification	0	2	1	3
Définition du besoin	0	1	1	2

La classification ici proposée des composantes, outils et objets de la simplification du droit de la commande publique permet une distinction selon que ces composantes sont transversales et irriguent l'intégralité de ce droit (**B.**), qu'elles visent plus spécifiquement l'évolution du contenu de certaines normes (**C.**), ou encore les outils de simplification (**D.**). En écho aux propos des interviewés¹⁶, certains sondés fournissent leur perception, positive ou négative, de la simplification du droit de la commande publique, lorsqu'ils sont interrogés sur la définition de cette dernière (**A.**).

A. La perception contrastée de la simplification du droit de la commande publique

A priori diversifiés de la simplification du droit de la commande publique. Interrogés sur la définition qu'ils retiennent de la simplification du droit de la commande publique, **85 sondés¹⁷ – en majorité des autorités contractantes – ont répondu en indiquant leur perception de cette simplification.** Leurs réponses, combinées à celles des sondés ayant répondu aux questions de savoir si la simplification est un objectif prioritaire et réalisable, révèlent que la simplification du droit de la commande publique est considérée comme nécessaire par une partie des praticiens (**3.**), mais peu réalisée jusqu'à présent (**2.**). D'autres sondés sont bien plus pessimistes quant aux mesures de simplification (**1.**) et mettent en doute la possibilité même de parvenir à une simplification effective (**4.**). Enfin, certains estiment que la professionnalisation des acteurs de la commande publique est un prérequis, voire une priorité face à la simplification du droit éponyme (**5.**).

¹⁶ Cf. *supra*, Partie 2, Section 2.

¹⁷ 63 AC sur 404 (soit 15,59 %), 8 AV sur 36 (soit 22,22 %), et 14 OE sur 66 (soit 21,21 %).

1. *L'a priori négatif de la simplification du droit de la commande publique*

Données. Seul un sondé (sur les 85 donnant spontanément leur perception de la simplification du droit de la commande publique, soit 1,18 %) indique que celle-ci existe déjà et ainsi qu'elle est déjà réalisée¹⁸. À l'inverse, 33 sondés¹⁹ (soit 38,82 % des 85 sondés) soulignent spontanément que la simplification n'est aucunement réalisée pour l'instant, et même que les mesures dites de simplification se sont jusqu'à présent soldées par un échec, sinon qu'elles ont produit des effets délétères.

Simplification non réalisée. Certains sondés soulignent que la simplification du droit de la commande publique est « *lente et [...] plutôt inopérante* »²⁰, « *[i]nsuffisante, voire inexiste* »²¹, que « *c'est un effet d'annonce qui a du mal à se concrétiser dans les faits* »²², une « *entreprise marketing vaine* »²³, une « *arlésienne* »²⁴, une « *[a]rdente nécessité [mais une] [...] illusion* »²⁵, une « *obligation [tout autant qu'] un danger [et qu']un leurre* »²⁶, ou encore qu'elle constitue « *[u]n objectif qu'on n'atteint jamais, car ça ne veut rien dire* »²⁷.

Dans le même sens, divers qualificatifs employés par certains de ces 33 sondés révèlent que la simplification est, au moins pour l'instant, fortement abstraite selon ces praticiens. La simplification du droit de la commande publique n'est à leurs yeux « *qu'un mot* »²⁸, est depuis

¹⁸ À la question de savoir comment elle définirait la simplification du droit de la commande publique, une autorité contractante répond simplement : « *[d]éjà existant* ».

¹⁹ 26 AC, 1 AV, et 6 OE.

²⁰ 1 AC.

Dans le même sens, 2 autorités contractantes sondées mettent en exergue l'inefficacité des mesures dites de simplification du droit de la commande publique jusqu'à présent. La première qualifie la simplification de « *[c]ontrainte car le service marchés publics de la ville ne dispose pas de process et il ne préconise pas le recours à la procédure "sans publicité ni mise en concurrence" pour les travaux. La simplification n'est pas utilisée* ». La seconde souligne le maintien de pratiques potentiellement non conformes au droit : « *[d]e nombreux collègues de ma collectivité ne respectent pas le code de la commande publique en demandant 3 devis* ».

3 autres sondés partagent cet avis, mais donnent des réponses moins détaillées, l'un soulignant uniquement que la simplification du droit de la commande publique est « *[p]oussive* » (1 AC), le deuxième indiquant qu'il s'agit de « *[t]out sauf [d']une réelle simplification* » (1 AV), et le troisième mettant en exergue l'existence de « *plusieurs mesures de simplification depuis 10/15 ans qui ne simplifient pas réellement la commande publique* ».

²¹ 1 AC.

²² 1 OE.

²³ 1 OE.

²⁴ 1 AC .

²⁵ 1 AC.

²⁶ 1 AC.

²⁷ 1 AC.

²⁸ 1 AC.

« longtemps annoncé[e], jamais réalisé[e] »²⁹, et même « [d]éconnecté[e] de la réalité, notamment pour les collectivités territoriales les plus modestes »³⁰.

Effets négatifs des mesures dites de simplification. Plus encore, la majorité des 33 sondés ayant une perception négative des mesures de simplification adoptées jusqu'à présent – soit 19 sondés³¹ sur 33 (ce qui représente 57,58 % des 33 sondés) – **met en exergue les conséquences négatives produites par ces mesures.** Sont ainsi soulignées les difficultés de maîtrise des règles en constante évolution³², « *l'ajout de sous-couches à un mille-feuille administratif et juridique déjà complexe* » malgré des avancées³³, l'augmentation et la rigidité des nouvelles règles ainsi créées³⁴, et – dans la continuité – aussi bien la nature contre-productive de certaines mesures dites de simplification³⁵ que l'accentuation de la complexité

²⁹ 1 AC.

³⁰ 1 AC.

³¹ 16 AC, et 3 OE.

³² « *Pitié arrêtez avec vos simplifications qui ne nous simplifient rien du tout. J'ai connu le code des marchés publics et je me souviens encore des articles et de leur contenu. Depuis votre réforme du Code de la commande publique, je n'arrive plus à suivre et retenir les articles. C'est infernal* » (1 AC).

Une autre autorité contractante et un opérateur économique partagent cet avis. Selon la première, « *[c]e n'est jamais réellement une simplification. Tout changement entraîne des modifications d'habitudes, et la majorité des personnes se retrouvent perdues avec toutes ces modifications* ». Selon le second, il s'agit d'une « *[s]implification factice. Cela ajoute toujours des nouvelles dispositions à respecter. Toujours autant de documentation à remettre. Toujours plus de contrôle pour les acheteurs. Il n'y a pas que les seuils* ».

³³ « *Les opérations de simplification de la commande publique mises en œuvre ces dernières années sont considérées en pratique comme l'ajout de sous-couches à un mille-feuilles administratif et juridique déjà complexe. De réelles avancées ont été réalisées mais certaines nécessitent une prise de recul et une adaptation à la pratique ; pour être dans l'actualité : les nouveaux modules de publicité et leur mise en œuvre. L'accompagnement proposé reste en surface, l'interlocuteur et les participants ne savent pas ce qu'ils remplissent ou ce qu'ils ne doivent pas renseigner. Des moyens sont mis à disposition et manque clairement de communication à l'ensemble des acheteurs* » (1 AC).

Dans le même sens, bien que la réponse soit bien moins développée, une autre autorité contractante affirme que « *[t]oute simplification relative est une lourdeur administrative en plus* » et, selon une troisième autorité contractante, la simplification du droit de la commande publique se traduit « *[p]ar une charge administrative supplémentaire sur les acheteurs publics* ».

³⁴ « *L'ensemble des réformes destinées à alléger les procédures de marchés publics se traduit bien souvent par un décalage entre les objectifs affichés et la réalité professionnelle. L'inflation normative ces dernières en est témoin. Par exemple : l'ancien Code des marchés Publics, qui comportait 399 articles en 1964, a évolué au fil du temps pour atteindre 1747 articles en 2019 dans le Code de la commande publique. Autre exemple : le durcissement des obligations dues au verdissement de la commande publique* » (1 AC).

³⁵ Tel est le cas de 5 AC et 2 OE.

Certaines autorités contractantes mettent en exergue la nature « *[p]otentiellellement dangereuse [des mesures de simplification] pour la profession d'acheteur car [elles auront] pour conséquence de remettre en cause certaines procédures* », l' « *ajout[...] de[...] contraintes aux acheteurs* », et les effets « *chronophage[s]* » de ces mesures. Une autorité contractante et un opérateur économique soulignent l'absence de fonctionnalité des outils dits de simplification, estimant que cette dernière est « *très complexe et frustrante notamment sur la rédaction des AAPC via PLACE, outil imposé qui ne fonctionne pas et génère du retard dans nos passations. Nous avons 3 tickets en souffrance dont un depuis 6 mois non résolus* » (1 AC), et soulignant l'existence d' « *outils voulus simples mais qui ne fonctionnent pas, des seuils revus chaque année, une complexité sur les supports de parution (BOAMP/JOUÉ/JAL et maintenant SHAL)* » (1 OE).

2 sondés émettent des critiques encore plus acerbes en estimant que la simplification est « *source d'insécurité des achats* » (1 AC), et qu'elle génère des risques précis : « *[r]isque de réduction de la transparence : En simplifiant*

préexistante³⁶.

2. Le renforcement souhaité de la simplification du droit de la commande publique

Données. 6 sondés³⁷ sur 85 (soit 7,06 %) ont une opinion plus nuancée en estimant que les mesures de simplification du droit de la commande publique sont simplement insuffisantes.

Spectre trop restreint des mesures de simplification. Les réponses de 2 autorités contractantes révèlent que ces mesures visent principalement les opérateurs économiques, l'une affirmant que « *[l]a simplification n'est pas du côté des acheteurs* », l'autre soulignant que la simplification devrait également être à destination des autorités contractantes, car « *[l]es petites collectivités n'ont pas non plus forcément les ressources humaines nécessaires pour recruter un acheteur et un gestionnaire marchés publics* ».

Réalisation partielle de la simplification. Certains sondés reconnaissent plus explicitement que la simplification du droit de la commande publique est partiellement réalisée. Le plus critique d'entre eux indique que la simplification est « *[t]rop restrictive* », et devrait permettre « *d'assouplir les règles de procédure, notamment en direction des petites et moyennes entreprises afin de favoriser la concurrence tout en sécurisant les procédures* »³⁸. Selon une autre autorité contractante, plus optimiste, cette simplification est « *[e]n bonne voie, avec encore des efforts à produire sur la partie réponse aux procédures de mise en concurrence (notamment les documents de candidature à fournir par les candidats et leurs sous-traitants)* ». Un avocat souligne dans le même sens la réalisation d' « *efforts, mais pas toujours les résultats*

les procédures, il peut y avoir une diminution de la transparence, ce qui pourrait faciliter les pratiques de favoritisme ou de corruption. Moins de contrôle et de surveillance : La simplification peut entraîner une réduction des contrôles et des vérifications, augmentant ainsi le risque de mauvaise gestion des fonds publics. Qualité des offres : En rendant les procédures plus accessibles, il est possible que la qualité des offres soumises diminue, car les exigences pourraient être perçues comme moins strictes. Inégalité de traitement : Les grandes entreprises, mieux équipées pour naviguer dans les procédures simplifiées, pourraient bénéficier davantage que les PME, ce qui pourrait aggraver les inégalités. Complexité cachée : Parfois, la simplification apparente peut masquer une complexité sous-jacente, rendant en réalité les procédures plus difficiles à comprendre et à suivre pour certaines entreprises » (1 OE).

³⁶ Tel est le cas de 5 AC, selon lesquelles la simplification « *complexifie parfois la tâche des acheteurs* », « *signifie complexifier les choses en pratique* », est « *abstraite : on parle de simplification mais je constate que nous n'allons aucunement dans ce sens et nous compliquons les choses aussi bien pour l'opérateur que l'adjudicateur* », « *[c]omplexe, peu efficace, contraignant[e], ne permettant pas de réaliser des économies* », ou encore conduit à « *tout faire sauf [...] simplifier* » le droit de la commande publique.

³⁷ 3 AC, 1 AV, et 2 OE.

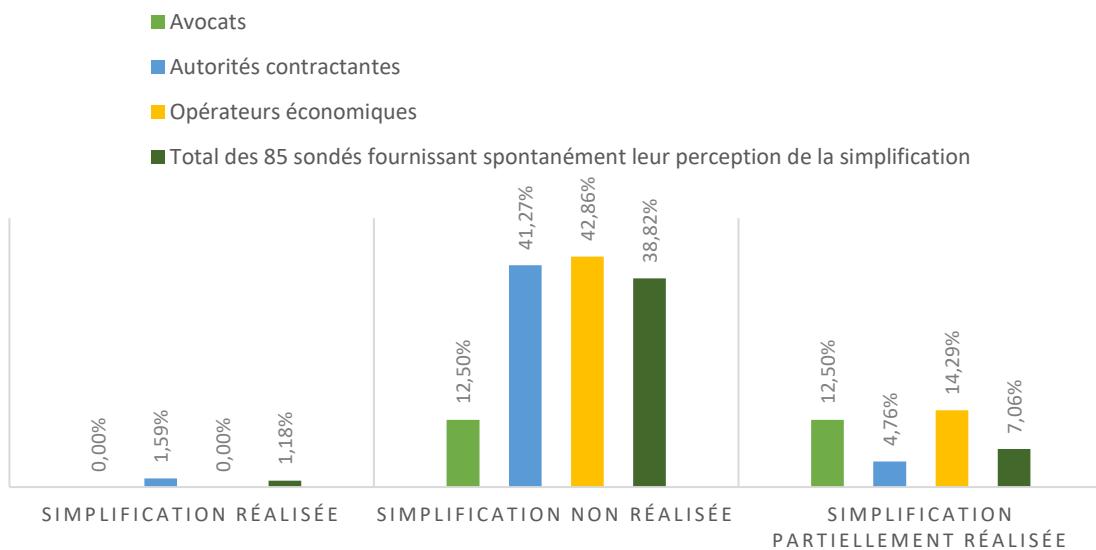
³⁸ 1 AC.

escomptés », et 2 opérateurs économiques estiment que la simplification du droit de la commande est « *[p]erfectible* » ou « *[n]écessaire mais inaboutie* ».

Le graphique ci-après résume les réponses des sondés quant à la perception du degré de réalisation de la simplification du droit de la commande publique, spontanément donnée par certains des 85 sondés lorsqu'ils ont été interrogés sur la définition de la simplification (**Figure 2.06**).

Figure 2.06 : Perception du degré de réalisation de la simplification du droit de la commande publique spontanément fournie par certains sondés

Les pourcentages indiqués sont réalisés en prenant en compte le total des 85 sondés ayant spontanément fourni leur perception de la simplification du droit de la commande publique (et non des 506 sondés ayant donné leur définition de la simplification du droit de la commande publique).



3. La nécessité de la simplification du droit de la commande publique

Données. 28 (majoritairement des autorités contractantes)³⁹ des 85 sondés se prononçant spontanément sur leur perception de la simplification du droit de la commande publique (soit 32,94 %), soulignent d'eux-mêmes que celle-ci est essentielle, voire prioritaire. Ce constat est fortement conforté par les réponses données à une autre question du sondage. Les participants étaient, cette fois, directement interrogés sur le fait que la simplification du droit de la commande publique soit prioritaire. Sur les 561 sondés⁴⁰

³⁹ 21 AC, 4 AV, et 3 OE.

⁴⁰ 449 AC, 39 AV, et 73 OE.

ayant fourni une réponse, 491 répondent par la positive (soit 87,52 %)⁴¹ et seulement 70 par la négative (soit 12,48 %)⁴².

Utilité de la simplification. Les plus pondérés de ces sondés – 10 sondés⁴³ sur 28 (soit 35,71 %) – soulignent que la simplification du droit de la commande publique est « *utile* »⁴⁴, « *[u]ne bonne chose* »⁴⁵, « *une bonne idée à voir dans la pratique* »⁴⁶, « *une attente largement partagée* »⁴⁷, « *[u]n vaste projet ambitieux mais nécessaire, qui nécessite une concertation entre toutes les parties prenantes de la commande publique* »⁴⁸, un « *véritable enjeu dans le but de simplifier l'acte d'achat* »⁴⁹, ou encore « *un axe de progrès majeur* »⁵⁰.

Impératif de simplification. 18 sondés⁵¹ sur 28 (soit 64,29 %) vont plus loin en qualifiant la simplification du droit de la commande publique d’ « *essentielle* »⁵², de « *besoin* »⁵³, d’ « *[i]ndispensable pour ne pas freiner les entreprises* »⁵⁴, d’ « *évidence* »⁵⁵, de « *nécessité* »⁵⁶, voire de « *nécessité absolue* »⁵⁷. 2 autorités contractantes estiment même que la simplification du droit de la commande publique est « *prioritaire* » et constitue « *[u]ne urgence* ».

4. La nature réalisable de la simplification du droit de la commande publique

Données. S’agissant de la possibilité de réellement procéder à la simplification du droit de la commande publique, les résultats du sondage sont encore plus tranchés. Si 14 sondés⁵⁸ (soit 16,47 % des 85 sondés interrogés sur la définition de la simplification du droit de

⁴¹ 397 AC sur 449 AC (soit 88,42 %), 36 AV sur 39 AV (soit 92,31 %), et 58 OE sur 73 OE (soit 79,45 %).

⁴² 52 AC sur 449 AC (soit 11,58 %), 3 AV sur 39 AV (soit 7,69 %), et 15 OE sur 73 OE (soit 20,55 %).

⁴³ 9 AC, et 1 OE.

⁴⁴ 4 AC.

⁴⁵ 1 OE.

⁴⁶ 1 AC.

⁴⁷ 1 AC.

⁴⁸ 1 AC.

⁴⁹ 1 AC.

⁵⁰ 1 AC.

⁵¹ 12 AC, 4 AV, et 2 OE.

⁵² 1 AC et 1 AV.

⁵³ 1 AC.

⁵⁴ 1 AC.

⁵⁵ 1 AC.

⁵⁶ Certains sondés estiment dans le même sens que la simplification du droit de la commande publique est nécessaire (6 AC, 2 AV, et 2 OE).

⁵⁷ 1 AV.

⁵⁸ 9 AC, 2 AV, et 3 OE.

la commande publique, et donnant dans ce cadre leur perception de la simplification) émettent spontanément des doutes quant à la possibilité de procéder à une simplification effective, la majorité des sondés interrogés spécifiquement sur la nature réalisable de cette simplification estime que cet objectif peut être atteint.

Doutes isolés sur la nature réalisable de la simplification. Certains de ces 14 sondés semblent implicitement mettre en cause la nature réalisable de la simplification du droit de la commande publique, en estimant que la simplification est elle-même obscure ou complexe. La simplification du droit de la commande publique est ainsi qualifiée de « [n]ébuleuse »⁵⁹, « [p]as si simple que cela »⁶⁰, « [c]omplexe »⁶¹, « [l]aborieuse »⁶², ou même d’« [o]paque »⁶³.

D’autres sondés – près de la moitié (6⁶⁴ sur 14, soit 42,86 %) – adoptent spontanément une position plus critique, en affirmant que la simplification du droit de la commande publique est un « *mythe* »⁶⁵, une « *illusion* »⁶⁶, ou encore une « *fiction* »⁶⁷. L’un d’entre eux semble même estimer que toute entreprise de simplification du droit est vouée à l’échec : « *le droit positif, par nature, est-il vraiment simplifiable ?* »⁶⁸.

Consensus sur la nature réalisable de la simplification. En revanche, les 558 sondés⁶⁹ ayant répondu à la question de savoir si la simplification du droit de la commande publique est un objectif réalisable ont répondu presque unanimement (514⁷⁰ sur 558⁷¹, soit 92,11 %) par la positive.

Le graphique ci-après procède à une comparaison des réponses des sondés quant à la nature à la fois réalisable et souhaitable de la simplification du droit de la commande publique (**Figure 2.07**).

⁵⁹ 2 AC, et 1 AV.

⁶⁰ 1 AC et 1 OE.

⁶¹ 1 AC.

⁶² 1 OE.

⁶³ 1 AV.

⁶⁴ 5 AC, et 1 OE.

⁶⁵ 2 AC.

⁶⁶ 2 AC.

⁶⁷ 1 OE.

⁶⁸ 1 AC.

⁶⁹ 447 AC, 42 AV, et 69 OE.

⁷⁰ 415 AC sur 447 AC (soit 92,84 %), 38 AV sur 42 AV (soit 90,48 %), et 61 OE sur 69 OE (soit 88,41 %).

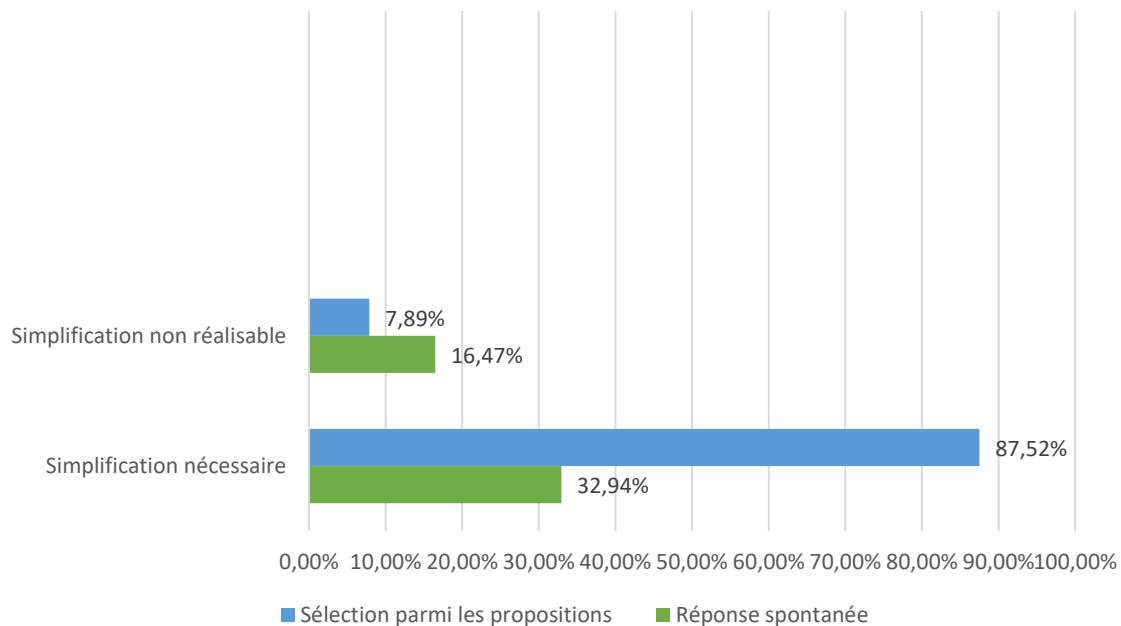
⁷¹ Seuls 44 sondés ont répondu négativement, estimant que la simplification du droit de la commande publique n’est pas un objectif réalisable : 32 AC sur 447 AC (soit 7,16 %), 4 AV sur 42 AV (soit 9,52 %), et 8 OE sur 69 OE (soit 11,59 %).

Figure 2.07 : Comparatif sommaire entre la perception spontanée de la simplification du droit de la commande publique des sondés et leurs réponses à des questions fermées relatives aux caractères nécessaire et réalisable de la simplification

Les pourcentages indiqués sont réalisés en prenant en compte un nombre total différent de sondés, selon qu'il s'agit de réponses spontanées (dans le cadre de la définition de la simplification) ou de réponses à des questions dites fermées.

Pour les réponses spontanées, le total pris en compte est celui des 85 sondés ayant spontanément fourni leur perception de la simplification du droit de la commande publique (et non des 506 sondés ayant donné leur définition de la simplification du droit de la commande publique).

Pour les réponses aux questions dites fermées, le total pris en compte est celui du nombre total de sondés ayant répondu à chacune de ces questions (soit 561 sondés pour la question de savoir si la simplification du droit de la commande publique est prioritaire, ici regroupée avec les réponses spontanées s'agissant du caractère nécessaire de la simplification, et 558 sondés pour la question de savoir si cette simplification est réalisable).



5. La professionnalisation des acteurs et simplification du droit de la commande publique

Données. 6 sondés⁷² – parmi les 506 ayant répondu à la question de la définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 1,19 % des sondés ayant fourni une définition) – associent le manque de formation des acteurs de la commande publique avec la simplification de ce droit. La conclusion tirée est toutefois différente d'un sondé à l'autre : certains estiment que la simplification implique une professionnalisation des acteurs, tandis que

⁷² 4 AC sur 404 AC ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 0,99 %), 1 AV sur 36 AV ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 2,78 %), et 1 OE sur 66 OE ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 1,52 %).

d'autres affirment que la simplification est peu utile face à la professionnalisation, ou moins importante que cette dernière.

Inclusion de la professionnalisation des acteurs au sein de la simplification. Pour 2 autorités contractantes (sur 6 sondés, soit 33,33 %), les mesures de simplification devraient notamment comprendre la « *professionnalisation des acteurs de l'achat public, ce qui pourrait consister, entre autres, à revaloriser la fonction de juriste marchés publics reléguée dans de nombreuses administrations à des postes de catégorie B au lieu de catégorie A, mais aussi à former les agents en charge de la commande publique* » ou, dans le même ordre d'idées, la simplification reposerait sur le fait de « *permettre aux acheteurs publics d'avoir les moyens RH et financiers et être formés correctement pour promouvoir le développement durable et autres politiques publiques associées à la commande publique et permettre l'efficience des marchés publiés* ».

Professionnalisation prioritaire face à la simplification. En revanche, selon 4 sondés sur 6 (soit 66,67 %), qui abondent dans le même sens qu'un interviewé⁷³, « [l]a simplification de la commande publique est un objectif créé pour masquer la perte des compétences »⁷⁴, « plus que la simplification c'est de la compétence qu'il faut : des mesures de simplification existent déjà, des acheteurs ne s'en saisissent pas »⁷⁵, ou encore « [l]a réglementation en elle-même n'est pas complexe, c'est juste que les gens ne sont pas formés »⁷⁶. Un opérateur économique partage cet avis et estime que ce manque de compétence se manifeste particulièrement s'agissant de la définition du besoin, « *générant incompréhensions et erreurs du côté des opérateurs économiques* ».

B. Les composantes transversales de la simplification du droit de la commande publique

Diversité des composantes transversales. Plusieurs composantes de la simplification identifiées par les sondés sont transversales en ce qu'elles irriguent l'ensemble du droit de la commande publique. Ainsi, elles ne portent pas sur l'évolution du contenu précis de certaines normes ou des outils de simplification. En ce sens, certaines composantes sont

⁷³ Cf. *supra*, Partie 2, Section 1, §I.

⁷⁴ 1 AC.

⁷⁵ 1 AC.

⁷⁶ 1 AV.

particulièrement vastes, à l'image de la souplesse des normes ou de la sécurité juridique, qui divisent les sondés (1.). Dans la continuité, certains estiment que la responsabilisation des autorités contractantes devrait être accentuée par davantage de souplesse, tandis que d'autres affirment que la responsabilité juridique encourue par ces autorités est excessive (2.). Faisant écho à ces oppositions, la simplification pourrait reposer sur la recherche d'un équilibre (3.). L'efficacité du droit de la commande publique constitue également une composante essentielle de la simplification selon une partie des sondés (4.). Dans cet ordre d'idées, les normes actuelles pourraient être réévaluées à l'aune de certains objectifs (5.), du nombre total de normes (6.) ou de certains principes fondamentaux de la commande publique (7.). En complément, une faible proportion de sondés associe la simplification du droit de la commande publique à la diminution du risque (8.), à la définition du besoin (9.), ou encore à l'amélioration des relations et de l'exécution des contrats de la commande publique (10.).

1. Les divergences entre souplesse et sécurisation

Données. 64 sondés⁷⁷ (des 506 sondés ayant indiqué la définition qu'ils retiennent de la simplification du droit de la commande publique, soit 12,65 %) mettent spontanément l'accent sur une composante de la simplification : l'assouplissement normatif, ou selon, la flexibilité des règles. En revanche, 139 sondés⁷⁸, parmi les 506 ayant répondu à la question de la définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 27,47 %), identifient spontanément la sécurité juridique ou l'une de ses composantes (à l'image de la stabilité ou la clarté des normes évoquées dans l'état du droit et de la doctrine⁷⁹) comme un élément de définition de la simplification.

Les réponses de 510 sondés⁸⁰ à une autre question confortent le contraste entre une part significative des praticiens souhaitant un assouplissement et ceux qui, à l'inverse, appellent de leurs vœux davantage de sécurisation. En effet, à la question de savoir s'ils préfèrent des normes générales (plus souples et éventuellement moins sécurisantes) ou des normes détaillées (plus sécurisantes et éventuellement plus complexes), 305 sondés⁸¹ privilégient des normes générales (soit 59,8 %) tandis que 205 sondés⁸² choisissent des normes détaillées (soit 40,2 %).

⁷⁷ 57 AC sur 404 (soit 14,11 %), 2 AV sur 36 (soit 5,56 %), et 5 OE sur 66 (soit 7,58 %).

⁷⁸ 112 AC sur 404 (soit 27,72 %), 12 AV sur 36 (soit 33,33 %), et 15 OE sur 66 (soit 22,73 %).

⁷⁹ Cf. *supra*, Partie 1, Section 1, §II., C., 2.

⁸⁰ 408 AC, 36 AV, et 66 OE.

⁸¹ 242 AC sur 408 AC (soit 59,31 %), 24 AV sur 36 AV (soit 66,67 %), et 39 OE sur 66 OE (soit 59,09 %).

⁸² 166 AC sur 408 AC (soit 40,69 %), 12 AV sur 36 AV (soit 33,33 %), et 27 OE sur 66 OE (soit 40,91 %).

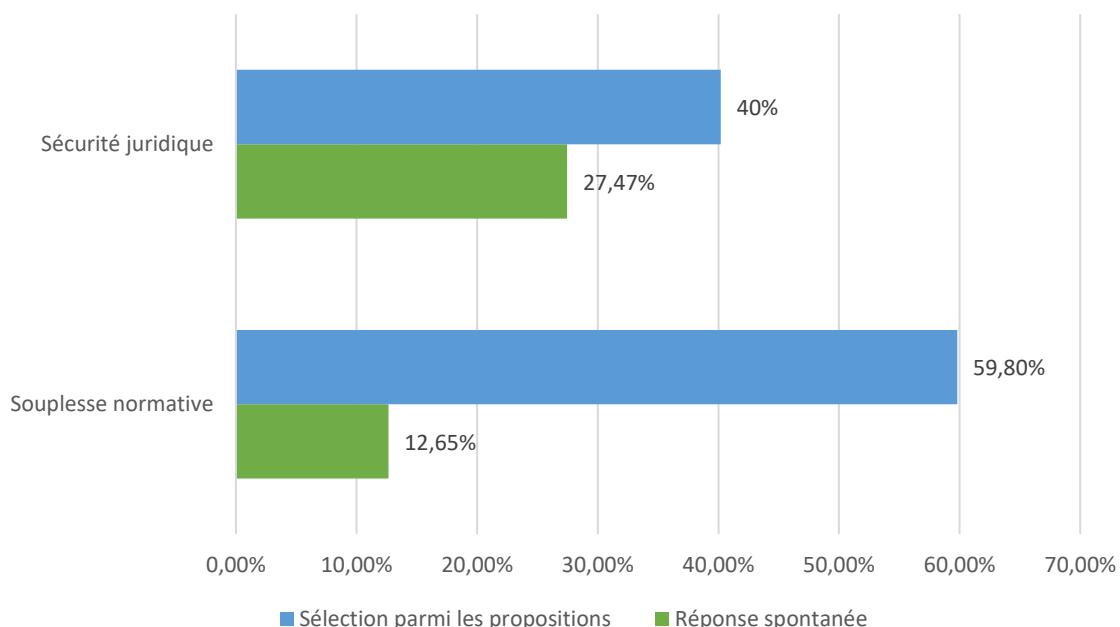
Ainsi, et comme le résume le graphique ci-après (**Figure 2.08**), les sondés sont fortement divisés quant à l'importance respective de la souplesse normative et de la sécurité juridique à l'égard de la simplification du droit de la commande publique. Plus encore, la dynamique est inversée entre les réponses dites spontanées et les réponses à la question fermée : alors que davantage de sondés lient spontanément la sécurité juridique à la simplification (plutôt que la souplesse normative à la simplification), les sondés privilégiennent la souplesse normative lorsqu'ils sont directement interrogés sur leur préférence entre des normes plus souples ou des normes plus sécurisantes.

Figure 2.08 : Comparatif sommaire entre les réponses spontanées des sondés et leurs réponses à une question fermée s'agissant des liens entre souplesse, sécurisation et simplification du droit de la commande publique

Les pourcentages indiqués sont réalisés en prenant en compte un nombre total différent de sondés, selon qu'il s'agit de réponses spontanées (dans le cadre de la définition de la simplification) ou de réponses à une question dite fermée.

Pour les réponses spontanées, le total pris en compte est celui des 506 sondés ayant donné leur définition de la simplification du droit de la commande publique.

Pour les réponses à la question dite fermée, le total pris en compte est celui des 510 sondés ayant répondu à la question de savoir si leur préférence va à des normes générales (plus souples ou éventuellement moins sécurisantes) - ci-dessous classée dans la catégorie de la souplesse normative - ou à des normes détaillées (plus sécurisantes et éventuellement plus complexes) - ci-dessous classée dans la catégorie de la sécurité juridique.



Préférence pour un assouplissement normatif général. 41 sondés⁸³ (parmi les 64 identifiant spontanément l'assouplissement des normes comme composante de la simplification du droit de la commande publique, soit 64,06 %) se contentent d'indiquer que

⁸³ 37 AC, et 4 OE.

les normes devraient être plus flexibles (voir **Figure 2.09, infra**). Leurs réponses générales ne fournissent ainsi pas d'indication quant aux normes précises qui devraient faire l'objet d'un assouplissement selon eux. Ces sondés emploient des termes similaires en évoquant la simplification ou la réduction des contraintes⁸⁴, la souplesse ou la flexibilité nécessaire des normes⁸⁵, la diminution de la rigidité de celles-ci⁸⁶, l'accentuation de la liberté ou de la marge de manœuvre⁸⁷, l'allègement des règles⁸⁸ ou du « *mille-feuille réglementaire* »⁸⁹, la nécessité d'un « *cadre juridique plus adaptatif* »⁹⁰, la facilitation de « *la mise en œuvre du processus de commande publique* »⁹¹, ou encore « *la possibilité aux acheteurs, mais aussi aux entreprises de trouver des solutions pour que les marchés publics soient plus simples à tous les niveaux* »⁹², ce qui suppose davantage de latitude.

Prédilection résiduelle pour un assouplissement normatif spécifique. Les 23 autres sondés⁹³ (parmi les 64 ayant spontanément identifié l'assouplissement normatif comme élément de définition de la simplification du droit de la commande publique, soit 35,94 %) donnent en revanche des indications quant aux règles ou étapes des contrats qui devraient être plus flexibles.

La majorité de ces 23 sondés (15 sur 23, soit 65,22 %) met l'accent sur les aspects procéduraux de la passation, en particulier la procédure avec négociation. Ainsi, 5 autorités contractantes – soit 21,74 % de ces 23 sondés – appellent à davantage de « *souplesse accordée aux acheteurs dans la négociation (ouverture de la négociation aux AO)* », à l'« *[a]ssouplissement des conditions de recours à la négociation* », à « *l'extension de la possibilité de négocier* » ou, plus généralement, à davantage de liberté et de souplesse s'agissant de la négociation. Une autre autorité contractante sondée attire l'attention sur l'importance d'assouplir « *les règles et les formalités de passation des MAPA* ». 9 autres sondés⁹⁴ (soit 39,13 % de ces 23 sondés) soulignent que la simplification recouvre à leurs yeux des aspects procéduraux, sans viser spécifiquement la négociation ou une procédure en particulier. Une

⁸⁴ 14 AC, et 1 OE.

⁸⁵ 12 AC, et 1 OE.

⁸⁶ 1 OE.

⁸⁷ 4 AC.

⁸⁸ 4 AC.

⁸⁹ 1 OE.

⁹⁰ 1 AC.

⁹¹ 1 AC. Ce sondé estime que la simplification du droit de la commande publique désigne « *[I]l]e fait de rendre moins complexe et plus agile la mise en œuvre du processus de commande publique* ».

⁹² 1 AC.

⁹³ 20 AC, 1 AV, et 2 OE.

⁹⁴ 7 AC, 1 AV, et 1 OE.

autorité contractante indique l'assouplissement des délais, en particulier s'agissant de la phase de candidature. 3 autres autorités contractantes sondées estiment que la simplification recouvre l'assouplissement des règles ou des « *outils* » de publicité (comme les avis de publicité), y compris – pour l'une d'entre elles – de la publicité adaptée. Les autres sondés émettent des formulations plus générales. En ce sens, une autorité contractante souhaite des « *[r]ègles de procédure plus souples* », à l'instar d'un avocat estimant que la simplification impose d'« *assouplir les procédures* ». Dans le même sens, un opérateur économique appelle à « *[u]ne nécessaire souplesse dans la contractualisation pour s'adapter rapidement et efficacement à l'évolution des besoins et au contexte* ». 2 autorités contractantes évoquent la « *[f]lexibilité du montage contractuel* » ou la réduction des « *contraintes de recours à certains montages contractuels complexes* » sans autre indication.

Les 8 sondés restants⁹⁵ parmi les 23 (soit 34,78 %), essentiellement des autorités contractantes, associent la simplification du droit de la commande publique à des aspects plus substantiels ou étrangers à la passation. Une autorité contractante affirme qu'il importe de « *redonner plus de confiance aux acheteurs sur la souplesse de choix après une analyse rigoureuse des offres* », la rigueur du système actuel semblant nuire à la concurrence et à la qualité de l'achat⁹⁶. Selon un autre sondé, la simplification devrait porter sur les « *réglementations et/ou [...] pratiques des autorités de contrôle permettant à l'acheteur d'atteindre ses objectifs de commande publique, dans le cadre du respect des principes* [fondamentaux du droit de la commande publique] »⁹⁷. Une technique d'achat est mentionnée par une autorité contractante : l'accord-cadre, dont l'obligation de montant maximum devrait être supprimée selon ce sondé, qui appelle également à l'« *[a]ssouplissement des avenants* ». D'autres sondés⁹⁸ donnent également des indications de simplification portant sur l'exécution, comme l'accentuation de la souplesse « *durant la phase d'exécution des marchés (avenants)* », ou la flexibilité au sein des règles d'exécution financière et de modification.

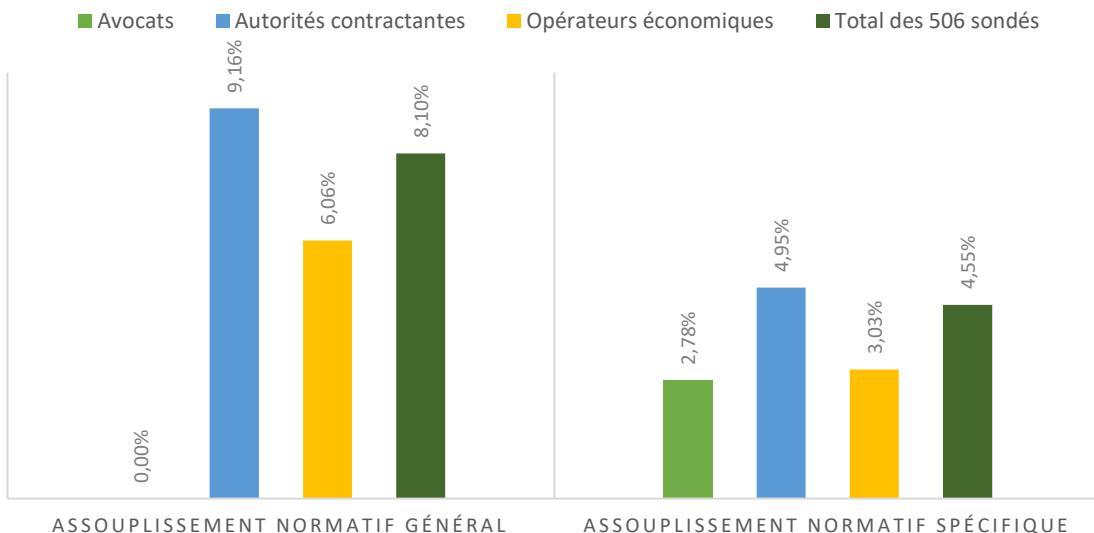
⁹⁵ 7 AC, et 1 OE.

⁹⁶ Cette autorité contractante affirme que « *[l]es candidats ont compris l'importance des prix bas, ce qui fait qu'enormément d'entreprise ne répondent plus aux consultations et ceux qui répondent cherchent par tous les moyens à se rattraper. Les outils existants, malgré leur apparence, bridant trop les acheteurs et les entreprises en jouent* ».

⁹⁷ 1 AC.

⁹⁸ 4 AC, et 1 AV.

Figure 2.09 : Récapitulatif des liens spontanément réalisés par certains sondés entre assouplissement normatif et simplification du droit de la commande publique



Sécurisation juridique plébiscitée. À rebours de la souplesse associée à la simplification du droit de la commande publique, une part importante des sondés estime que cette simplification recouvre la sécurité juridique (que ce soit dans son intégralité ou concernant l'une de ses composantes ou l'un de ses corolaires : voir **Figure 2.12, infra**).

Sur les 139 sondés associant sécurité juridique et simplification du droit de la commande publique, seuls 4 sondés – exclusivement des autorités contractantes – évoquent la sécurité juridique de manière générale⁹⁹. Les réponses des autres sondés peuvent être classées en trois catégories selon la composante de la sécurité juridique visée, bien que certaines composantes se recoupent. Certains sondés évoquent d'ailleurs plusieurs composantes de la sécurité juridique. Par exemple, en sus de l'intelligibilité du droit de la commande publique, plusieurs définitions proposées de la simplification incluent la clarification des normes (pour 8 autorités contractantes) et de la stabilité des normes (pour 2 autorités contractantes).

La première catégorie porte sur la clarté, voire la clarification, des normes de la commande publique. Cette composante est celle qui recueille le plus grand nombre de réponses

⁹⁹ Une autorité contractante estime que l'un des objectifs de la simplification du droit de la commande publique repose sur le « *renforc[ement de] la compétitivité, l'innovation et la sécurité juridique* ». Une autre répond que la simplification est simplement la « *[s]écurisation juridique (guides opérationnels de mise en œuvre des procédures...)* ». Une troisième autorité contractante estime, de manière presque tautologique, que la simplification du droit de la commande publique renvoie au fait d'avoir un droit « *[p]lus simple pour l'acheteur en conservant la sécurité juridique* ». La quatrième et dernière autorité contractante évoque uniquement le fait que le droit de la commande soit « *plus sûre aussi bien pour les acheteurs que les soumissionnaires* ».

des 139 sondés associant la simplification à la sécurité juridique : 69 réponses (soit 49,64 % des 139 sondés), dont 54 autorités contractantes¹⁰⁰, 7 avocats¹⁰¹, et 8 opérateurs économiques¹⁰², ce qui confirme dans une large mesure les résultats de l'enquête qualitative¹⁰³. Une autre réponse peut être ajoutée à ces 69 réponses évoquant explicitement la clarté ou la simplification : à la question de savoir comment elle définit la simplification du droit de la commande publique, une autorité contractante répond qu'il y a « *[b]eaucoup de manques dans les textes* », semblant ainsi indiquer que des précisions (et ainsi des clarifications) seraient nécessaires. La majorité de ces 69 sondés évoque la clarté ou la clarification sans réelle précision, soulignant par exemple la nécessité de « *clarifier les textes (surabondants et parfois interprétatifs)* »¹⁰⁴, de « *lever les incertitudes/divergences d'interprétation des textes* »¹⁰⁵, ou de clarifier « *certaines notions existantes* »¹⁰⁶. Certains sondés fournissent en revanche des éléments plus précis, en indiquant par exemple que la simplification pourrait être opérée par la clarification des règles applicables aux « *achats de faible montant* »¹⁰⁷, aux « *délais (jours calendaires, francs, ouvrés, ouvrables)* », [et] [...] *procédures admises en dessous des seuils* »¹⁰⁸ (notamment s'agissant de la qualification de MAPA et des trois devis éventuellement requis), aux irrecevabilités de candidatures¹⁰⁹, au « *champ d'application de la loi MOP et [aux] procédures applicables à la MOE* »¹¹⁰, ou encore à l'intégration concrète du développement durable¹¹¹. Un sondé souligne

¹⁰⁰ Sur 404 autorités contractantes ayant donné une définition de la simplification du droit de la commande publique, soit 13,37 %.

¹⁰¹ Sur 36 avocats ayant donné une définition de la simplification du droit de la commande publique, soit 19,44 %.

¹⁰² Sur 66 opérateurs économiques ayant donné une définition de la simplification du droit de la commande publique, soit 12,12 %.

¹⁰³ Il convient toutefois de noter que l'intelligibilité des normes, également dite accessibilité intellectuelle des normes, a recueilli un pourcentage plus élevé de réponses des interviewés, contrairement aux sondés. La différence est toutefois minime (7 interviewés sur 20 pour l'intelligibilité des normes contre 6 interviewés sur 20 pour la clarification des normes).

Voy. *supra*, Partie 2, Section 1, §I.

¹⁰⁴ 1 AC.

¹⁰⁵ 1 AC.

¹⁰⁶ 1 AC.

¹⁰⁷ 1 AC.

¹⁰⁸ 1 AC.

¹⁰⁹ 1 AC.

¹¹⁰ 1 AV.

¹¹¹ Par exemple, une autorité contractante affirme que : « *[t]out le monde veut mettre du développement durable dans la commande publique. Mais en réalité, quand on commence à regarder concrètement le problème, on voit qu'il va être très difficile d'en mettre. En effet, la version la plus simple serait de considérer que si une entreprise est plus locale, c'est certainement mieux au niveau environnemental. Bien entendu, c'est loin d'être toujours vrai. Mais si on regarde les travaux, la moitié de la prestation consiste à faire de la pose et donc à faire se déplacer humains (et produits) du siège de l'entreprise au lieu du chantier. Il serait donc pertinent de dire que cette proximité devrait être prise en compte. [...] Un seul exemple : il est de bon de prévoir des labels pour le papier. Mais lequel est le meilleur ? Lequel vaut plus qu'un autre ? Dans le doute, on les met tous à égalité, au risque de faire passer des vessies pour des lanternes auprès des professionnels du secteur qui, eux, s'y connaissent un peu plus. Ces considérations ne peuvent avoir que deux conséquences : faire plus travailler encore les Bureaux d'étude (et donc un surcoût) et faire plus de "green washing". Ces deux exemples sont symptomatiques d'un curieux jeu d'équilibre* ».

que sa préférence va à « *[u]n texte de principe, court et clair qui responsabilise les acheteurs dans l'utilisation des deniers publics pour répondre aux besoins de leurs entités* »¹¹². Plus généralement, un avocat semble résumer le souhait des sondés associant simplification et sécurité juridique : « *la véritable simplification repose sur la sécurité juridique et la prévisibilité des règles applicables. Autrement dit : pas moins de droit, mais un droit plus clair, mieux structuré et plus cohérent* ».

Le lien entre clarification des normes et simplification du droit de la commande publique est conforté par les réponses à une autre question (voir **Figure 2.10, infra**). En effet, **608 sondés**¹¹³ se sont prononcés sur le fait de savoir si la clarification des règles relève de la simplification du droit de la commande publique. Parmi eux, **482 répondent par la positive (soit 79,28 % des sondés ayant répondu à cette question)**¹¹⁴, et seulement **126 par la négative (soit 20,72 % des sondés ayant répondu à cette question)**¹¹⁵.

¹¹² 1 AC.

¹¹³ 479 AC, 48 AV, et 81 OE.

¹¹⁴ Dont 393 AC sur 479 AC ayant fourni une réponse exploitable (soit 82,05 %), 34 AV sur 48 AV ayant fourni une réponse exploitable (soit 70,83 %), et 55 OE sur 81 OE ayant fourni une réponse exploitable (soit 67,9 %). Les réponses non exploitables sont celles des sondés n'ayant coché aucune des deux possibilités proposées (« Oui » ou « Non ») – soit 28 AC, 9 AV, et 15 OE.

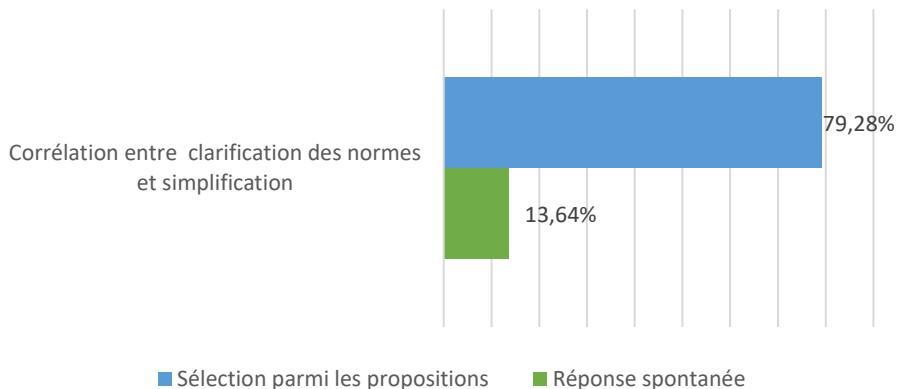
¹¹⁵ Dont 86 AC sur 479 AC ayant fourni une réponse exploitable (soit 17,95 %), 14 AV sur 48 AV ayant fourni une réponse exploitable (soit 29,17 %), et 26 OE sur 81 OE ayant fourni une réponse exploitable (soit 32,1 %). Les réponses non exploitables sont celles des sondés n'ayant coché aucune des deux possibilités proposées (« Oui » ou « Non ») – soit 28 AC, 9 AV, et 15 OE.

Figure 2.10 : Comparatif sommaire entre les réponses spontanées des sondés et leurs réponses à une question fermée s'agissant des liens entre clarification des normes et simplification du droit de la commande publique

Les pourcentages indiqués sont réalisés en prenant en compte un nombre total différent de sondés, selon qu'il s'agit de réponses spontanées (dans le cadre de la définition de la simplification) ou de réponses à une question dite fermée.

Pour les réponses spontanées, le total pris en compte est celui des 506 sondés ayant donné leur définition de la simplification du droit de la commande publique.

Pour les réponses à la question dite fermée, le total pris en compte est celui des 608 sondés ayant répondu à la question de savoir si la clarification des règles relève de la simplification du droit de la commande publique.



La deuxième catégorie s'inscrit dans la continuité de la première, car reposant sur l'**accessibilité** (principalement intellectuelle) et la lisibilité des normes, soit leur intelligibilité, leur compréhension aisée par les praticiens. Cette composante diffère légèrement de la clarification des normes : la rédaction d'une norme peut la rendre aisément compréhensible de prime abord (intelligibilité de la norme), sans que sa mise en œuvre pratique ne soit aisée, appelant ainsi à une clarification des cas de figure inclus dans la norme ou des comportements précis dictés par cette norme par exemple. Faisant écho aux réponses des interviewés¹¹⁶, cette catégorie a recueilli le deuxième plus grand nombre de réponses s'agissant de la sécurité juridique – à savoir, 61 réponses (soit 43,88 % des 139 sondés associant sécurité juridique et simplification), dont 49 autorités contractantes¹¹⁷, 5 avocats¹¹⁸, et 7 opérateurs économiques¹¹⁹.

L'idée de la simplification par l'intelligibilité des normes semble pouvoir être résumée par les propos de 3 sondés. Selon le premier – un opérateur économique – la simplification est destinée à « [p]ermettre à tous de comprendre les attentes et les règles applicables en droit de la commande publique ». Dans la continuité, les deuxième et troisième sondés – 2 autorités

¹¹⁶ Cf. *supra*, Partie 2, Section 1, §I.

¹¹⁷ Sur 404 autorités contractantes ayant donné une définition de la simplification du droit de la commande publique, soit 12,13 %.

¹¹⁸ Sur 36 avocats ayant donné une définition de la simplification du droit de la commande publique, soit 13,89 %.

¹¹⁹ Sur 66 opérateurs économiques ayant donné une définition de la simplification du droit de la commande publique, soit 10,61 %.

contractantes – estiment que « *la simplification aurait [...] pour objectif de permettre de maîtriser toutes les règles de la commande publique* », et que « *[l]a simplification doit résulter principalement en une meilleure lisibilité du droit de la commande publique*. [Il s'agit de] *[r]endre cela accessible à tous et pas uniquement aux professionnels du droit* ». D'autres sondés développent les bénéfices de l'amélioration de l'intelligibilité du droit de la commande publique : cela « *ne pourra que favoriser la réponse aux 3 principes fondamentaux de la commande publique : liberté d'accès de la commande publique, égalité de traitement des candidats et transparence de la commande publique* »¹²⁰, la rendre « *plus accessible, compétitive et conforme aux principes fondamentaux* »¹²¹. Une partie des sondés met explicitement en exergue le fait que la compréhension du droit de la commande publique doit être facilitée pour l'ensemble des acteurs – opérateurs économiques comme autorités contractantes –, en particulier ceux disposant de peu de moyens et de personnels dédiés à la commande publique à l'image des PME et des petites communes. La majorité des 61 sondés identifiant spontanément l'intelligibilité du droit de la commande publique comme une composante de la simplification ne développe pas davantage par des exemples ou éléments précis. En complément des aspects généraux mentionnés ci-dessus, certains soulignent l'importance de « *l'aspect pédagogique dans la manière de rédiger nos marchés* »¹²², de la vulgarisation¹²³ – notamment des « *notions fondamentales de la commande publique* »¹²⁴ – ou de l'importance de « *règles explicites pour permettre la mobilisation des bons outils juridiques* »¹²⁵.

Seuls quelques sondés fournissent des exemples de normes ou outils qui pourraient être plus aisément compréhensibles. Il en est ainsi des CCAG (sans autre précision)¹²⁶, de certains termes comme les avances ou les marchés (sans autre précision)¹²⁷, des règles applicables à l'offre à prendre en compte, à la représentation des candidats à un marché ou encore aux modalités de calcul du montant des modifications – ces trois derniers cas de figure étant mis en exergue par la même autorité contractante :

¹²⁰ 1 AC.

¹²¹ 1 AC.

¹²² 1 AC.

¹²³ 2 AC.

¹²⁴ 1 AC.

¹²⁵ 1 AC.

¹²⁶ Selon une autorité contractante, la simplification du droit de la commande publique renvoie au fait de « *[r]endre compréhensibles les CCAG, voire les alléger* ».

¹²⁷ Une autorité contractante estime que la simplification du droit de la commande désigne notamment le fait d' « *avoir des termes plus compréhensibles par tous (ex : avances / marchés)* ».

« *La simplification devrait faciliter l'accès au droit pour les acheteurs et les opérateurs économiques. [...] Quelques exemples de règles qui pourraient être réécrites : il existe des règles dont il est difficile de comprendre la logique. Ex : Article R. 2151-6 : "Le soumissionnaire transmet son offre en une seule fois. Si plusieurs offres sont successivement transmises par un même soumissionnaire, seule est ouverte la dernière offre reçue par l'acheteur dans le délai fixé pour la remise des offres." On pourrait se dire, c'est pour faciliter la vie des acheteurs et qu'ils n'aient pas à vérifier plusieurs versions de plis et s'embrouillent dans la bonne dernière version à prendre en compte. Sauf que la règle porte sur l'"offre" uniquement. Or, la candidature et l'offre (sauf exception et cas minoritaire de procédures restreintes) sont remises en même temps. Donc, l'interprétation de cette disposition est complexe et a d'ailleurs donné lieu à une jurisprudence du Conseil d'État elle aussi complexe à mettre en œuvre. Il est probable que l'intention du législateur ait été mal transcrise. [...]. Autre ex : article R. 2142-4 : "Une même personne ne peut représenter plus d'un candidat pour un même marché." Quel risque cherche-t-on à éviter ici ? Une entente ? C'est un cas de figure qui arrive parfois (une même personne physique est signataire des pièces marché chez deux candidats distincts) et qui m'a déjà conduite à rejeter une candidature, j'aurais aimé connaître la logique de cette règle ancienne. Autre ex : l'énigmatique phrase de l'article R. 2194-4 : "Pour le calcul du montant de la modification mentionnée à l'article R. 2194-2 [travaux, fournitures ou services supplémentaires devenus nécessaires], l'acheteur tient compte de la mise en œuvre de la clause de variation des prix." Déjà, par renvoi vers l'article R. 2194-4, cette disposition est applicable également aux cas de modifications pour circonstances imprévues (article R. 2194-5) et modifications de faible montant (article R. 2194-8). Ensuite, sur le fond, que comprend-on spontanément ? On comprend que le montant modifié doit être révisé et qu'on va le comparer au montant initial de marché, ce qui fait que le pourcentage de modification va être opéré par la révision de prix, ce qui ne semble pas très logique, mais c'est ce qu'on croit lire à première vue. Pour vérifier la portée de la phrase, on se reporte à l'extrait de la fiche DAJ sur la modification concernant l'article R. 2194-4 sur la révision de prix (pp. 5-6) : "Pour le calcul de ce*

montant, l'acheteur tient compte de la mise en œuvre de la clause de variation des prix. Ainsi, lorsque l'application de la clause de variation des prix a augmenté le montant du marché initial de 4%, la valeur de la modification est calculée à partir du prix initial augmenté de 4% [QE n° 21408, JO Sénat Q 16 juin 2016, p. 2692]." Il semble donc qu'il faille comparer le montant modifié par rapport au prix initial révisé (cela supposerait que le montant modifié soit lui-même révisé). Cela est-il logique ? Je ne le crois pas, je pense qu'il faudrait raisonner en prix initiaux hors révision de prix. En effet, il peut y avoir plusieurs modifications/avenants sur un même contrat, parfois même à la baisse, donc cela ne facilite pas le calcul du montant initial révisé. (La révision de prix est déjà en soi, un sujet très complexe à lui tout seul). »

Certains sondés proposent des solutions, comme « un document récapitulant les procédures, les règles, les délais, les formulaires par type de marché : MAPA/ FORMALISÉS. Là tout est mélangé, il faut aller piocher les articles, donc on ne sait pas à qui cela s'applique »¹²⁸, ou la restructuration du Code de la commande publique associée à la mise en place d'un index :

« Enfin, la simplification devrait faciliter l'accès au droit. Légifrance est un outil formidable, mais le fractionnement du code en parties législative et réglementaire est un obstacle pour une navigation aisée dans les règles applicables (il suffit de jeter un coup d'œil à cette page : https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000037701019). Une présentation imbriquée et adaptée au type d'acheteur public serait un gros avantage (un peu comme le fait "servicepublic" pour le grand public). Dans un précédent poste, j'ai mis en ligne sur l'intranet un sommaire interactif avec des liens hypertextes (permanents) vers les articles de Légifrance pour un réseau d'acheteurs dans un établissement public national soumis aux règles applicables aux collectivités. Sa construction était inspirée de la présentation imbriquée du code proposée par la Gazette des communes (dans la version du code commenté par Jérôme Michon). Pour aller plus loin, je suggère même de mettre à disposition sur internet un index par mot-clé avec contenu adapté au profil de l'acheteur public (pouvoir adjudicateur/entité

¹²⁸ 1 AC.

adjudicatrice) et du contrat (marché/concession). Songez par exemple que l'accord-cadre est traité dans plusieurs parties du code : Titre II (Chapitre V : Techniques d'achat : art. L. 2125-1 et s.) et titre VI (Chapitre II : Règles applicables aux techniques d'achat : accords-cadres (à marchés subséquents, à bons de commande, mixtes), art. R. 2162-1 et s.). Sur la forme des marchés, je rêve d'un support (à inventer – il faudrait que ce soit gratuit pour les acheteurs, ça pourrait être du simple Excel) réunissant l'ensemble des éléments d'un marché et de sa procédure : il y aurait par prestation, le cas échéant les règles administratives applicables, les règles techniques applicables, le cas échéant, le détail apporté par le candidat (et qui serait noté), le prix proposé par le candidat (noté également), les règles liées aux prix si elles ne sont pas communes à l'ensemble des prestations (révision de prix, mode de paiement – terme échu ou à échoir), etc., pour que, sur un seul support, les éléments relevant d'une même prestation soient visibles. Les stipulations communes à la procédure et au marché pourraient être à part ou intégrées au support dans une partie commune. »¹²⁹

La troisième et dernière composante de la sécurité juridique évoquée spontanément par les sondés (interrogés sur la définition de la simplification du droit de la commande publique) repose sur la **stabilité des règles**. 5 autorités contractantes¹³⁰, soit 3,6 % des 139 sondés associant sécurité juridique et simplification (proportion bien plus faible que pour les interviewés¹³¹), estiment que les modifications constantes des règles de la commande publique contribuent à la complexité de celle-ci et, à l'inverse, que le maintien des normes dans le temps participe de sa simplification. Il est ainsi souligné que « *ce sont les changements perpétuels qui complexifient les achats* », que « *l'acheteur a besoin de stabilité réglementaire de temps en temps pour fiabiliser son clausier* », et que « *simplifier serait arrêter de faire des changements de réglementation tous les 6 mois [...]. On n'a jamais le temps de capitaliser sur ce qu'on fait, il faut tout le temps se réajuster et se renouveler* ». L'une de ces 5 autorités contractantes estime dans le même sens que la simplification implique d' « *arrêter de vouloir réformer à tout bout*

¹²⁹ 1 AC.

¹³⁰ Sur 404 autorités contractantes ayant donné une définition de la simplification du droit de la commande publique, soit 1,24 %.

¹³¹ 6 interviewés sur 20 incluent la stabilité des règles au sein de la simplification du droit de la commande publique.

Voy. *supra*, Partie 2, Section 1, §I.

de champ »¹³², mais souligne en outre que certaines modifications récentes accentuent la complexité :

« [...] des modifications fréquentes ne vont pas dans le sens de la simplification. En effet, d'une part, des règles mouvantes complexifient la lecture et la bonne prise en main de la matière par les praticiens. D'autre part, les changements récents ont consisté à introduire des dérogations, des exceptions, des expérimentations, bref, que des complexifications. Par exemple, la règle du taux de la retenue de garantie était simple : 5%. Le dernier décret a introduit une exception. Pour les PME, le taux est ramené à 3%. Cela est très probablement une simplification pour la trésorerie des PME. Mais c'est une vraie complexification pour le contenu des pièces de marchés (l'introduction de cette exception alourdit les clauses), cela complexifie la gestion quotidienne (mon titulaire est-il une PME ou non ?) et accroît relativement les risques de chantier (avec une retenue de garantie faible, risque plus important que les réserves ne soient pas levées, et qu'il faille consulter de nouveau, donc complexification des projets des acheteurs). »¹³³

Une autre autorité contractante évoque la nécessité de mettre fin aux modifications constantes pour simplifier le droit de la commande publique, mais évoque uniquement le cas de l'économie circulaire. La simplification du droit de la commande publique implique à ses yeux d' « [a]rrêter de modifier sans cesse les familles et contenus de celles-ci pour la déclaration AGEC, car les données ne sont jamais comparables d'une année sur l'autre ».

Le nombre peu élevé de sondés identifiant spontanément la stabilité des normes comme une composante de la simplification du droit de la commande publique peut s'expliquer par le fait que la corrélation entre les deux – stabilité et simplification – est sujette à controverse entre les praticiens. En effet, une **question du sondage portait sur le fait de savoir si la stabilité des règles relève de la simplification du droit de la commande publique. Sur les 608 sondés ayant répondu à cette question¹³⁴, 320 ont répondu par la positive (soit 52,63 % des sondés**

¹³² 1 AC.

¹³³ 1 AC.

¹³⁴ 479 AC, 48 AV, et 81 OE.

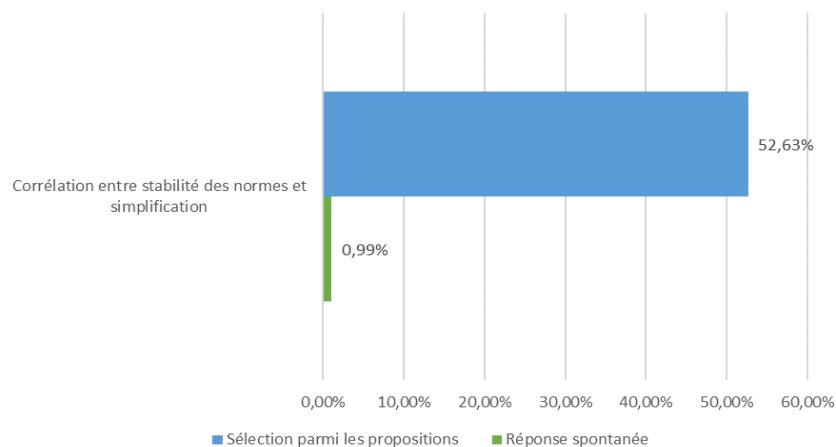
ayant répondu à cette question)¹³⁵ et 288 par la négative (soit 47,37 % des sondés ayant répondu à cette question)¹³⁶. Les avis sont ainsi partagés sur le fait de savoir si les normes doivent être régulièrement réajustées ou, au contraire, stabilisées, comme le révèle le graphique ci-après (**Figure 2.11**). Cette absence de consensus entre les praticiens peut être mise en lien avec la réponse d'un autre sondé – une autorité contractante – indiquant spontanément, dans la définition qu'elle propose de la simplification du droit de la commande publique, la nécessité de règles « évolutives ».

Figure 2.11 : Comparatif sommaire des réponses des sondés s'agissant des liens entre stabilité des normes et simplification du droit de la commande publique

Les pourcentages indiqués sont réalisés en prenant en compte un nombre total différent de sondés, selon qu'il s'agit de réponses spontanées (dans le cadre de la définition de la simplification) ou de réponses à une question dite fermée.

Pour les réponses spontanées, le total pris en compte est celui des 506 sondés ayant donné leur définition de la simplification du droit de la commande publique.

Pour les réponses à la question dite fermée, le total pris en compte est celui des 608 sondés ayant répondu à la question de savoir si la stabilité des règles relève de la simplification du droit de la commande publique.



Cohérence souhaitable des normes applicables aux contrats de la commande publique. 14 sondés¹³⁷, parmi les 506 ayant répondu à la question de la définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 2,77 % des sondés ayant fourni une définition), identifient implicitement ou explicitement la cohérence des normes

¹³⁵ Dont 259 AC sur 479 AC ayant fourni une réponse exploitable (soit 54,07 %), 21 AV sur 48 AV ayant fourni une réponse exploitable (soit 43,75 %), et 40 OE sur 81 OE ayant fourni une réponse exploitable (soit 49,38 %). Les réponses non exploitables sont celles des sondés n'ayant coché aucune des deux possibilités proposées (« Oui » ou « Non ») – soit 28 AC, 9 AV, et 15 OE.

¹³⁶ Dont 220 AC sur 479 AC ayant fourni une réponse exploitable (soit 45,93 %), 27 AV sur 48 AV ayant fourni une réponse exploitable (soit 56,25 %), et 41 OE sur 81 OE ayant fourni une réponse exploitable (soit 50,62 %). Les réponses non exploitables sont celles des sondés n'ayant coché aucune des deux possibilités proposées (« Oui » ou « Non ») – soit 28 AC, 9 AV, et 15 OE.

¹³⁷ Dont 10 AC sur 404 ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 2,48 %), 2 AV sur 36 AV ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 5,56 %), et 2 OE sur 66 OE ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 3,03 %).

comme élément de définition de la simplification. Ceci peut être inclus dans la sécurité juridique, dans la mesure où il s'agit de clarifier les normes ou d'assurer la prévisibilité du droit en harmonisant les différentes obligations ou en assurant leur coordination. Ainsi, la moitié de ces 14 sondés – 7 sondés¹³⁸ – évoque de manière générale la cohérence ou l'inverse (c'est-à-dire la réduction des incohérences et contradictions entre les normes), sans donner d'exemples ou d'indications supplémentaires. 5 autres sondés (sur 14, soit 35,71 %) – exclusivement des autorités contractantes – adoptent une approche plus précise, en estimant que la simplification du droit de la commande publique recouvre la coordination des règles européennes et nationales ou l'évolution des objectifs assignés à la commande publique. Sont par exemple inclus dans la simplification du droit de la commande publique la « *coordination entre les révisions des directives européennes et l'échelon national* » ainsi que l'ajout de nouveaux objectifs, comme « *des objectifs de déontologie explicitement comme dans la FAR* [Règlement fédéral sur l'acquisition] » et « *des objectifs de politiques européennes dans le code sous la forme d'objectifs globaux (marché intérieur, énergie, innovation, développement durable)* »¹³⁹. Un autre sondé privilégie au contraire le fait de faciliter l'intégration de ces objectifs de manière précise (plutôt que générale) ou de modifier les règles pour simplifier leur mise en œuvre, en soulignant que « *les règles applicables notamment concernant l'intégration des aspects environnementaux et sociaux dans les marchés publics sont trop nombreuses et compliquées à appréhender* ». Une autre autorité contractante abonde dans le même sens, en mettant en exergue des difficultés de conciliation entre les différents objectifs assignés à la commande publique :

« *Le droit de la commande publique est devenu un droit qui a vocation à tout englober et devient ainsi contradictoire : ajouts de considérations sociales et environnementales trop larges et non adaptées qui vont à l'encontre du choix de l'offre économiquement la plus avantageuse (dans le domaine des prestations intellectuelles par exemple), règles d'exécution complexes qui ne répondent pas à l'attractivité de la commande publique pour les TPE et PME, restriction des leviers de négociations qui ne coïncident pas avec les besoins de valoriser l'innovation, etc. Là où le droit vise à assurer une sécurité juridique pour les acheteurs, il est devenu source de confusion et d'insécurité.* »

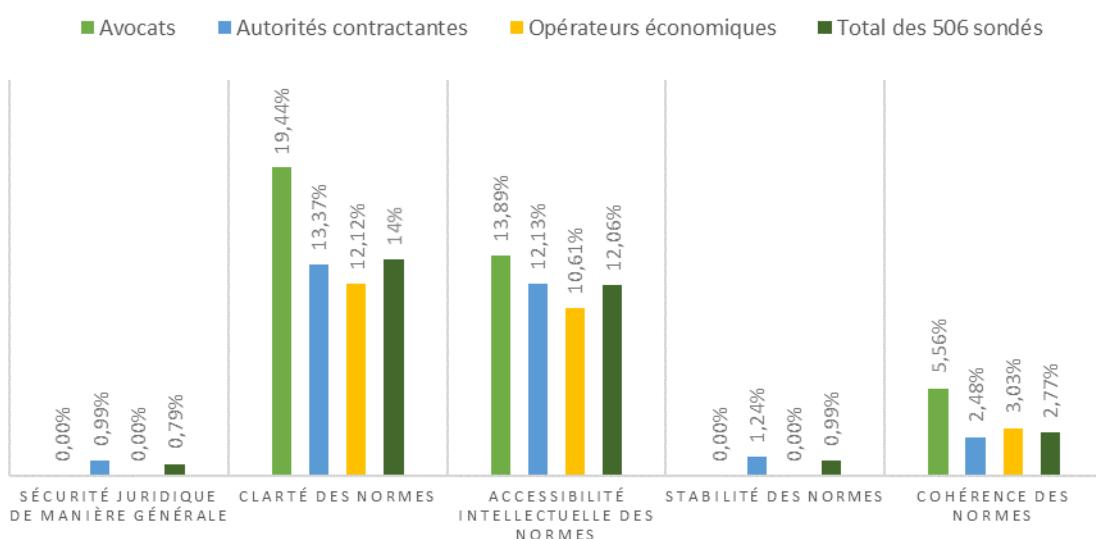
¹³⁸ 4 AC, 2 AV, et 1 OE.

¹³⁹ Ces trois citations sont celles d'une seule autorité contractante.

Ainsi, si « *le Code de la commande publique doit devenir un outil plus efficace de mise en œuvre des politiques publiques* », il « *doit [...] être en parfaite cohérence avec les autres textes qui s'imposent aux acheteurs* »¹⁴⁰.

Les 2 derniers sondés incluant la cohérence des normes au sein de la simplification du droit de la commande publique (2 sondés sur 14, soit 14,29 %) – une autorité contractante et un opérateur économique – donnent des éléments devant être mis en cohérence, mais étrangers aux objectifs assignés à la commande publique : l’« *alignement sur la jurisprudence administrative* »¹⁴¹ sans autre précision (comme un exemple d’incohérence entre les textes et la jurisprudence), et la « *mise en cohérence des délais [de] 15 jours pour la communication et 11 jours pour le réfééré* »¹⁴².

Figure 2.12 : Récapitulatif des liens spontanément réalisés par certains sondés entre sécurité juridique et simplification du droit de la commande publique



2. La responsabilisation des autorités contractantes en demi-teinte

Données. 6 sondés – exclusivement des autorités contractantes¹⁴³ – parmi les 506 ayant répondu à la question de la définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 1,19 % des sondés ayant fourni une définition) – associent la responsabilisation

¹⁴⁰ 1 AC.

¹⁴¹ 1 AC.

¹⁴² 1 OE.

¹⁴³ 6 AC sur 404 ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 1,49 %).

ou l'autonomisation des autorités contractantes avec la simplification du droit de la commande publique. Ces 6 sondés sont toutefois en désaccord quant à la question de savoir s'il faut davantage d'autonomie (et ainsi de marge de manœuvre) pour les autorités contractantes ou s'il importe, au contraire, de réduire la responsabilité (et donc les obligations et charges) de ces autorités. La responsabilisation est ainsi employée ici dans une acceptation large, recouvrant à la fois la responsabilité juridique, les charges, et la marge de manœuvre.

Diminution de la responsabilité. 2 sondés (sur 6, soit 33,33 %) estiment qu'il s'agit de réduire la responsabilité « *encourue par les maires et par les gestionnaires publics* » ou de « *redonner la responsabilité de la vérification de la conformité aux autorités compétentes (URSSAF, ADEME, etc.)* », ce qui réduirait la responsabilité des autorités contractantes en la matière.

Augmentation de la responsabilisation et de l'autonomie. Les 4 autres sondés (sur 6, soit 66,67 %) estiment au contraire qu'il faut redonner de la responsabilité et de l'autonomie aux acheteurs. Les propos de ces 4 autorités contractantes laissent penser qu'il s'agit de laisser davantage de marge de manœuvre aux acheteurs et de leur faire confiance quant au respect des principes fondamentaux de la commande publique. En effet, si l'une indique simplement que la simplification tient notamment à « *la responsabilisation de l'acheteur public* », les 3 autres sont plus précises. L'une indique que la simplification du droit de la commande publique repose sur l' « *[a]utonomie des acheteurs et responsabilité des acteurs pour une réduction des contraintes procédurales* », une autre qu'il s'agit de « *[f]aire confiance aux acheteurs dans la mesure où leur responsabilité est désormais engagée s'ils sont pris en défaut* », et la dernière abonde dans le même sens : « *faire davantage confiance aux acheteurs : avec la responsabilité partagée (ordonnateur / comptable), ils seront, quoiqu'il en soit, désormais sanctionnés en cas de faute ou manquement significatif* ».

3. La recherche d'un équilibre

Données. 33 sondés¹⁴⁴ – parmi les 506 ayant répondu à la question de la définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 6,52 % des sondés ayant fourni une définition) – émettent spontanément un lien entre la simplification et un équilibre entre intérêts

¹⁴⁴ 30 AC sur 404 AC ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 7,43 %), 2 AV sur 36 AV ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 5,56 %), et 1 OE sur 66 OE ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 1,52 %).

ou normes potentiellement contradictoires, rejoignant ainsi certains interviewés¹⁴⁵. Ce lien prend principalement deux formes : soit les sondés estiment que la simplification ne doit pas se faire au détriment de certaines normes ou certains intérêts – et qu’ainsi un équilibre entre la simplification et ces normes doit être recherché –, soit ils soulignent que la simplification repose précisément sur un équilibre entre des objectifs potentiellement divergents. Ces objectifs, normes ou intérêts ne font pas non plus l’objet d’un consensus entre les sondés. Il est toutefois possible de les classer, non sans une certaine part de subjectivité, en quatre catégories, qui se rejoignent partiellement et qui font écho à d’autres composantes déjà évoquées de la simplification de la commande publique (comme la sécurité juridique). Le graphique à la fin de cette subdivision résume ces catégories (**Figure 2.13, infra**).

Équilibre entre les obligations des acteurs et le respect des principes fondamentaux de la commande publique. La première et la plus importante de ces catégories – car étant celle qui a recueilli le plus grand nombre de réponses spontanées des 33 sondés concernés (23 sondés¹⁴⁶, soit 69,7 % des 33 sondés) – repose, sans surprise, sur l’équilibre entre les obligations ou les charges des acteurs de la commande publique et le respect des principes fondamentaux du droit de la commande publique. Les propos d’une autorité contractante semblent pouvoir résumer les idées de ces sondés. Selon elle, la simplification constitue l’ « *[e]nsemble de mesures ayant pour objet de faciliter et rationaliser la gestion de la commande publique – tant dans la passation que l’exécution – tout en respectant les grands principes de la commande publique* ». En effet, une grande partie de ces 23 sondés estime que la simplification désigne l’allègement ou l’assouplissement de certaines obligations sous réserve du respect des trois principes fondamentaux de la commande publique : liberté d’accès, égalité de traitement, et transparence. Il s’agit ainsi, selon une autorité contractante, d’ « *arrêt[er] de demander des justificatifs ou de mettre des contraintes qui font peur aux entreprises et qui sont un casse-tête pour les pouvoirs adjudicateurs* » et, pour une autre autorité contractante qui adopte une approche plus générale, d’ « *assouplir un certain nombre de formalismes au profit des entreprises candidates et des collectivités publiques* ». Cela recouvre en définitive le fait de « *mieux mettre en cohérence les objectifs de conformité et les objectifs opérationnels* »¹⁴⁷, ou encore de « *mieux proportionner les procédures aux enjeux des contrats* ».

¹⁴⁵ Cf. *supra*, Partie 2, Section 1, §I.

¹⁴⁶ 21 AC sur 30 AC associant simplification du droit de la commande publique et équilibre (soit 70 %), 1 AV sur 2 AV associant simplification du droit de la commande publique et équilibre (soit 50 %), et 1 OE sur 1 OE associant simplification du droit de la commande publique et équilibre (soit 100 %).

¹⁴⁷ 1 AC.

Elle [la simplification du droit de la commande publique] permet de concilier les objectifs de transparence, égalité de traitement et libre accès avec les réalités opérationnelles et les contraintes de gestion des ressources humaines »¹⁴⁸.

Équilibre entre les charges administratives et la bonne utilisation des deniers publics.

La deuxième catégorie vise spécifiquement les charges administratives qui doivent être conciliées avec la bonne utilisation des deniers publics. En ce sens, 4 autorités contractantes¹⁴⁹ (soit 12,12 % des 33 sondés associant équilibre et simplification du droit de la commande publique) évoquent « *l'équilibre entre efficacité et bonne gestion des deniers [publics]* », « *l'allègement des procédures d'achat en vigueur aussi bien pour les acheteurs publics que pour les entreprises tout en maintenant la sécurisation des achats et la bonne utilisation des deniers publics* », la « *garanti[e de] la bonne utilisation des deniers publics tout en simplifiant les procédures et clarifiant les zones d'ombre juridique pour permettre aux acheteurs d'être plus efficaces et d'acheter mieux* », ou encore l’ « *adaptat[ion des seuils et procédures] à une réalité de conjoncture sans pour autant perdre [...] leurs objectifs initiaux de sécurisation de la dépense de deniers publics* ».

Équilibre entre les obligations des acteurs et la sécurité juridique.

La troisième catégorie relève sensiblement du même ordre d'idées que les principes fondamentaux de la commande publique, en reposant sur un équilibre entre les obligations des acteurs de la commande publique et la sécurité juridique. Elle n'a en revanche recueilli les réponses que de 3 sondés (3 autorités contractantes¹⁵⁰, soit 9,09 % des 33 sondés associant équilibre et simplification du droit de la commande publique). Ces derniers soulignent que la simplification du droit de la commande publique vise à « *réduire la complexité de mise en œuvre tout en veillant à la sécurité juridique* », à « *[a]ssouplir le cadre réglementaire pour faciliter les démarches tout en assurant une sécurité juridique* », ou à « *ouvrir la commande publique au plus grand nombre d'opérateurs possible, [à] apporter de la lisibilité et de la fluidité, mais avec un enjeu essentiel de sécurité* ».

Équilibre entre les parties aux contrats de la commande publique.

La quatrième et dernière catégorie concerne cette fois les deux parties aux contrats de la commande publique, qu'il s'agisse de leur protection ou de la charge résultant des démarches qu'ils doivent

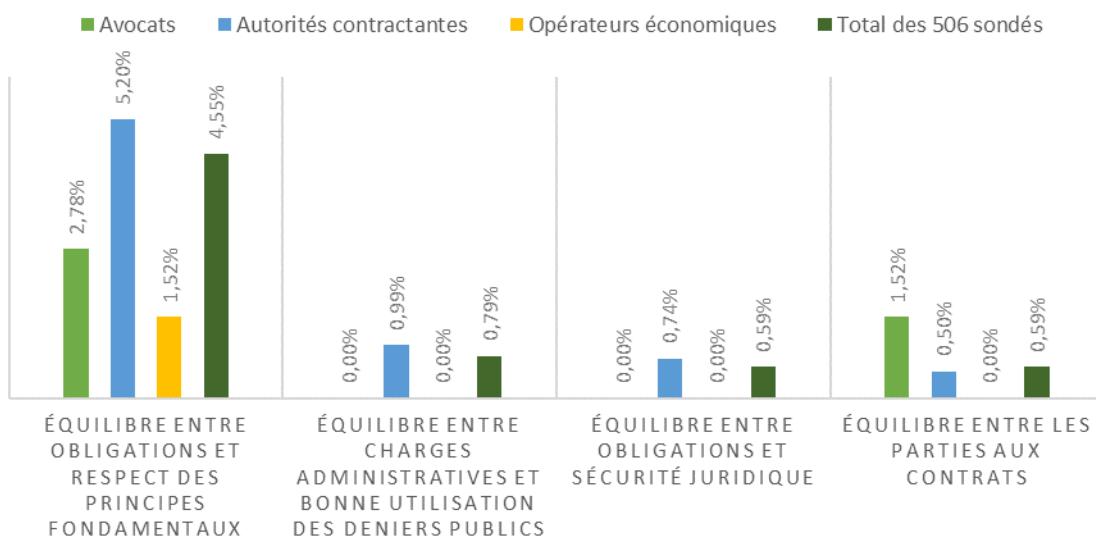
¹⁴⁸ 1 AC.

¹⁴⁹ 4 AC sur 30 AC associant simplification du droit de la commande publique et équilibre (soit 13,33 %).

¹⁵⁰ 3 AC sur 30 AC associant simplification du droit de la commande publique et équilibre (soit 10 %).

réaliser. 3 sondés¹⁵¹ (soit 9,09 % des 33 sondés associant équilibre et simplification du droit de la commande publique) estiment que la simplification implique de « *[f]aciliter et fluidifier l'acte d'achat tout en permettant aux entreprises de souscrire aisément aux consultations avec des règles simples, indispensables donc utiles* »¹⁵², qu'elle suppose « *[l]a détermination de règles visant à faciliter l'accès des opérateurs à la commande publique tout en limitant les risques d'irrégularité pour les acheteurs* »¹⁵³, ou encore que la simplification signifie « *[u]ne législation qui vise un juste équilibre entre protection de chaque partie au contrat en permettant à ces parties de lier des accords* »¹⁵⁴.

Figure 2.13 : Récapitulatif des liens spontanément réalisés par certains sondés entre recherche d'un équilibre et simplification du droit de la commande publique



4. L'efficacité du droit de la commande publique

Données. 88 sondés incluent, dans leur définition de la simplification du droit de la commande publique, l'efficacité de ce droit, que ce soit de manière explicite ou implicite, sous diverses dénominations et en se référant à des outils variés (voir **Figure 2.14, infra**). Un

¹⁵¹ 2 AC sur 30 AC associant simplification du droit de la commande et équilibre (soit 6,67 %), et 1 AV sur 2 AV associant simplification du droit de la commande publique et équilibre (soit 50 %).

¹⁵² 1 AC.

¹⁵³ 1 AV.

¹⁵⁴ 1 AC.

nombre significatif de sondés – 88 sondés¹⁵⁵ sur 506 ayant fourni une définition exploitable de la simplification (soit 17,39 %) – se réfère ainsi à l'efficacité du droit de la commande publique.

Droit opérationnel. 24 sondés – majoritairement des autorités contractantes¹⁵⁶ – parmi les 506 ayant répondu à la question de la définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 4,74 % des sondés ayant fourni une définition) – associent spontanément la simplification à son adaptation à la pratique, c'est-à-dire au caractère opérationnel du droit de la commande publique. Est ainsi généralement évoquée une adaptation à la réalité ou au « terrain » pour simplifier ce droit, sans autre précision –, alors que certains interviewés liaient la clarté de la norme à son caractère opérationnel dans le cadre de la simplification¹⁵⁷. La majorité des autorités contractantes parmi ces sondés souligne que ceci vaut aussi bien pour leurs propres contraintes et réalités que celles des opérateurs économiques. Il s'agit ainsi d'entreprendre une « [d]émarche de rapprochement des contraintes des industriels et acheteurs publics avec le droit »¹⁵⁸, de « mise en cohérence plus efficiente entre le Code de la commande publique et la “réalité terrain” »¹⁵⁹, ou encore de rendre le droit de la commande publique « plus fonctionnel pour tous (acheteurs publics et opérateurs économiques) »¹⁶⁰. Seuls 5 sondés – exclusivement des autorités contractantes – visent surtout le caractère opérationnel du droit de la commande publique à leur égard (sans inclure les opérateurs économiques). Elles définissent ainsi la simplification de ce droit comme « une adaptation de la réglementation aux réalités des acheteurs » ou « à la pratique des autorités contractantes », comme l'adoption d'« une approche pragmatique de la fonction achat », comme les « moyens de contrôle [donnés] aux acheteurs », ou encore comme « davantage de pragmatisme, de souplesse et [de] [concordance avec les] réalités et contingences des acteurs locaux (bloc communal) ». Une autre autorité contractante sondée est légèrement plus précise, en émettant le souhait d'« une mise à jour pragmatique du Code de la commande publique et des procédures de passation des marchés, qui intégrerait les réalités des marchés et les contraintes des acheteurs », à l'instar d'un

¹⁵⁵ 78 AC sur 404 AC ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 19,31 %), 3 AV sur 36 AV ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 8,33 %), et 7 OE sur 66 OE ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 10,61 %).

¹⁵⁶ 21 AC sur 404 AC ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 5,2 %), 1 AV sur 36 AV ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 2,78 %), et 2 OE sur 66 OE ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 3,03 %).

¹⁵⁷ Cf. *supra*, Partie 2, Section 1, §I.

¹⁵⁸ 1 AC.

¹⁵⁹ 1 AC.

¹⁶⁰ 1 AC.

opérateur économique selon lequel la simplification du droit de la commande publique implique d' « *identifier facilement les marchés qui nous intéressent* ». Les 2 derniers sondés donnent des exemples concrets, une autorité contractante soulignant qu'il s'agirait de « *[f]aciliter l'acte d'achat dans les situations exceptionnelles telles que la résiliation d'un marché en cours d'exécution (pour faute ou consécutive à une liquidation), les délais de réattribution qui nécessitent de rester sur les procédures de droit commun [n'étant] pas compatibles avec les réalités de terrain* », et un opérateur économique affirmant qu'il s'agirait de moderniser les CCAG et CCTP :

« Le principe de l'encadrement via les CCAG et CCTP est plutôt favorable, car donne un cadre ; en revanche le contenu est devenu obsolète au regard des évolutions économiques (antérieurement, les deniers publics permettaient de financer des innovations, aujourd'hui c'est beaucoup moins vrai de sorte que nous nous trouvons confrontés à des blocages en termes de Propriété Intellectuelle et de compétences côté client qui ne sont plus au niveau, entraînant des dépenses disproportionnées en regard précisément des deniers publics) ».

Droit optimisé. 60 sondés (majoritairement des autorités contractantes¹⁶¹) – parmi les 506 ayant répondu à la question de la définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 11,86 % des sondés ayant fourni une définition) – associent spontanément la simplification à l'amélioration de son efficacité, à son optimisation. Ceci s'inscrit dans le même ordre d'idées que la composante précédente de la simplification : celle liée à l'adéquation entre les contraintes juridiques et la réalité. Presque un tiers de ces sondés¹⁶² se contente d'évoquer l'efficacité ou l'efficience de manière très générale. Près de la moitié des sondés¹⁶³ évoque en revanche spécifiquement l'amélioration de l'efficacité des procédures pour davantage de simplification, en particulier s'agissant de la passation. La rapidité des procédures pourrait ainsi être améliorée selon ces sondés, en particulier en réduisant les délais, ce qui permettrait que ces procédures soient « *moins chronophage[s]* »¹⁶⁴. L'un des avocats sondés énonce de manière plus générale :

¹⁶¹ 53 AC sur 404 AC ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 13,12 %), 2 AV sur 36 AV ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 5,56 %), 5 OE sur 66 OE ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 7,58 %).

¹⁶² 15 AC, 1 AV, et 2 OE, soit 18 sur 60 sondés (30 %).

¹⁶³ 25 AC et 1 AV, soit 26 sondés sur 60 (43,33 %).

¹⁶⁴ 1 AC.

« Je crois que l'enjeu principal pourrait tenir à la suppression de complexités procédurales qui pénalisent l'efficacité de la procédure de passation (côté personne publique comme personne privée) voire qui, parfois, font peser sur cette procédure un risque juridique, alors que cette complexité n'est pas proportionnée à l'intérêt poursuivi par la disposition en question. »

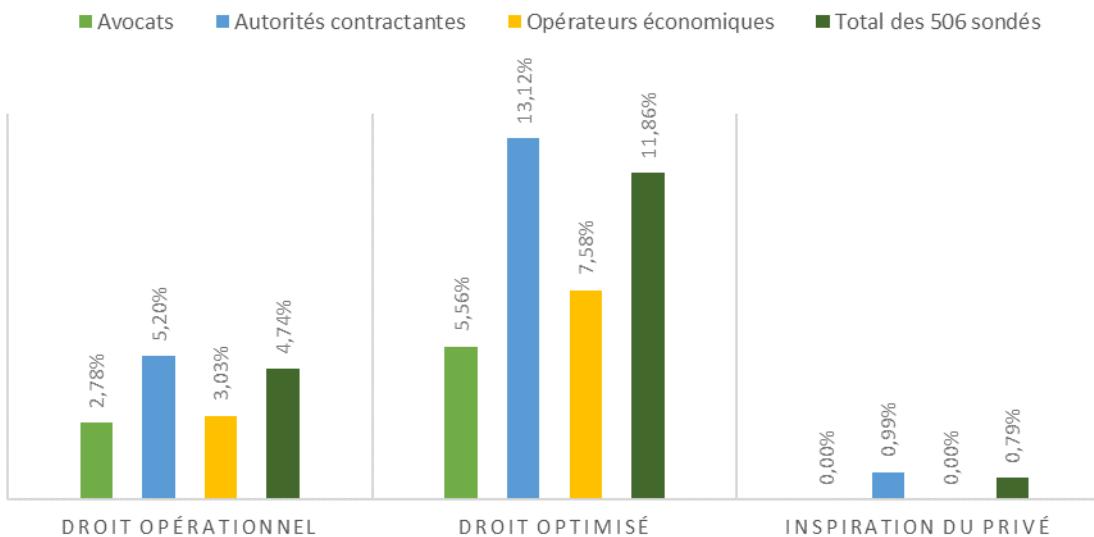
Le reste des sondés¹⁶⁵ évoque l'optimisation ou l'efficience même en dehors des procédures, mais se montre légèrement plus précis que la première catégorie de sondés évoquant uniquement l'efficacité sans autre précision. Leurs propos renvoient à la rapidité de manière générale, à la rationalisation pour atteindre les objectifs, ainsi qu'aux gains de temps et d'argent. Une autorité contractante souligne par exemple que la finalité de la simplification du droit de la commande publique renvoie à ses yeux à « *l'efficience économique et [l'] automatisation des tâches récurrentes sans valeur ajoutée* », tandis qu'une autre estime que la simplification désigne l' « *[allègement de la partie juridique en faveur de l'optimisation de l'achat* ».

Inspiration du privé. Dans la continuité de la nature opérationnelle et optimisée du droit de la commande publique, 4 sondés – parmi les 506 ayant répondu à la question de la définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 0,79 % des sondés ayant fourni une définition) – estiment que cette simplification pourrait résulter de l'inspiration des outils du privé. Ces 4 sondés sont tous des autorités contractantes¹⁶⁶, ce qui peut sembler surprenant de prime abord (puisque les opérateurs économiques sont en principe plus familiers des outils du privé), mais ce qui s'explique probablement par la surreprésentation des autorités contractantes au sein des sondés. La simplification du droit de la commande publique implique ainsi, selon ces sondés, de s'inspirer « *du privé* » ou des « *outils d'acheteur privé* », sans autre précision. L'une des autorités contractantes souligne les inconvénients des outils actuels du droit de la commande publique – « *[]e temps passé à instruire une procédure, toujours long, coûte aussi de l'argent pour la structure publique comme pour les opérateurs* » – tandis qu'une autre met en exergue les conséquences de ces inconvénients : « *aujourd'hui les entreprises se tournent plus facilement vers les marchés privés, il apparaît évident que dans un contexte concurrentiel marché public/privé, on ne gagne pas...* ».

¹⁶⁵ 13 AC et 3 OE, soit 16 sondés sur 60 (26,67 %).

¹⁶⁶ 4 AC sur 404 AC ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 0,99 %).

Figure 2.14 : Récapitulatif des liens spontanément réalisés par certains sondés entre efficacité et simplification du droit de la commande publique



5. La réévaluation des normes existantes

Données. 18 sondés¹⁶⁷, sur les 506 ayant répondu à la question de la définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 3,56 % des sondés ayant fourni une définition), associent la simplification à l'évolution, à la réévaluation, des normes existantes.

Réévaluation générale. 4 de ces 18 sondés¹⁶⁸ adoptent une approche générale, en indiquant que la simplification nécessite « *une démarche globale, afin que le Code de la commande publique ne soit plus un recueil de procédures* »¹⁶⁹, une modernisation « *de l'action publique* »¹⁷⁰ ou « *des processus d'achat public* »¹⁷¹ sans autre précision.

Réévaluation à l'aune de certains objectifs. Les 14 autres sondés¹⁷² sont légèrement plus précis, en associant la simplification du droit de la commande publique au réexamen des normes à l'aune de certains objectifs, afin de ne maintenir ou de ne créer que les normes permettant d'atteindre ces objectifs. Ce n'est pas sans rappeler les propos déjà

¹⁶⁷ 13 AC sur 404 AC ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 3,22 %), 2 AV sur 36 AV ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 5,56 %), et 3 OE sur 66 OE ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 4,55 %).

¹⁶⁸ 2 AC, 1 AV, et 1 OE.

¹⁶⁹ 1 AC pour ces deux citations.

Une autre autorité contractante partage cet avis.

¹⁷⁰ 1 AV.

¹⁷¹ 1 AC, et 1 OE.

¹⁷² 11 AC, 1 AV, et 2 OE.

mentionnés de certains sondés, liant la simplification du droit de la commande publique à la coordination des différents objectifs qui lui sont assignés¹⁷³. Les objectifs invoqués par ces 14 sondés, et à l'aune desquels les normes devraient être réévaluées, varient d'un sondé à l'autre. Il est ainsi fait mention de la « *bonne gestion des deniers publics* » (l'idée étant que chaque autorité contractante n'ait pas à « *se concentrer de manière démesurée sur les aspects juridiques qui conditionneront son achat au détriment de la réponse à un besoin précisément défini* »)¹⁷⁴, des « *principes [du droit de l'UE]* »¹⁷⁵ (sans préciser lesquels), « *[d]es enjeux de responsabilité sociale, environnementale, [...] l'innovation, et les finances publiques* »¹⁷⁶ (alors que d'autres sondés semblent à l'inverse indiquer que les moyens de mise en œuvre des objectifs dits horizontaux devraient être réévalués ou relégués au second plan¹⁷⁷), des « *principes fondamentaux de la commande publique* »¹⁷⁸, « *[d]es grands principes (égalité de traitement des candidats, liberté d'accès, transparence des procédures) et [d]es objectifs de développement durable* »¹⁷⁹. Certains sondés développent davantage, par exemple en soulignant que la simplification du droit de la commande publique repose sur le fait de :

« *[r]eorienter la réglementation sur l'objectif premier qu'est l'achat, sa qualité, le bon usage des deniers, et alléger ou supprimer les obligations nées de politiques "annexes" (diffusion de données économiques notamment par voies dématérialisées, contrôle du respect des obligations fiscales et sociales des opérateurs, politiques environnementales et sociales, etc.).* »¹⁸⁰

Il s'agit également, selon certains sondés, d'opérer un changement de perspective, en ayant « ***moins de cumul d'obligations pour l'acheteur, pour qu'il ne continue pas à se diriger vers un gestionnaire, mais soit un vrai acheteur*** »¹⁸¹, ou en assurant :

¹⁷³ Cf. *supra*, Partie 3, Section 1, §I., B., 1.

¹⁷⁴ Ces deux citations émanent d'une seule autorité contractante.

¹⁷⁵ 1 AC.

¹⁷⁶ 1 AC.

¹⁷⁷ Par exemple, une autorité contractante affirme que la simplification du droit de la commande publique implique, selon elle, de « *[s]upprimer les réglementations inapplicables ou sans plus-value. Certaines exigences réglementaires, se révèlent inapplicables ou dénuées de sens sur le terrain. C'est notamment le cas de l'obligation d'un critère environnemental en complément de conditions d'exécution obligatoires pour les marchés de prestations intellectuelles. Cela revient à noter des offres sur des critères comme l'extinction des lumières ou le tri sélectif, ce qui n'est souvent ni cohérent ni en lien direct avec l'objet de ces marchés.... Critères que l'on retrouve dans les obligations d'exécution ...* ».

Un avocat n'évoque pas explicitement la place des objectifs dits horizontaux, mais indique simplement que la simplification exige « *une hiérarchisation des objectifs assignés à l'achat public* ».

¹⁷⁸ 1 AC.

¹⁷⁹ 1 AC.

¹⁸⁰ 1 AC.

¹⁸¹ 1 AC.

« une meilleure cohérence entre les objectifs assignés à la commande publique et les capacités réelles des acheteurs publics. Plutôt que de multiplier les critères (environnementaux, sociaux, d'égalité hommes femmes...) sans accompagnement et expertise interne, il s'agirait de s'assurer que les collectivités disposent des compétences internes nécessaires ou d'alléger les exigences là où l'expertise fait défaut »¹⁸².

Dans le même sens, 2 autres autorités contractantes semblent appeler à un recadrage des moyens d'atteindre les différents objectifs assignés à la commande publique, comme édicter « *des règles dont l'intensité est adaptée par rapport aux risques que la société souhaite couvrir* », ou :

« encadrer les risques de dérives financières, encourager l'innovation, simplifier la prise en compte des exigences sociales et environnementales (RSE), ou encore simplifier les modalités de modifications contractuelles en cours d'exécution. Si des avancées notables ont été réalisées (loi ASAP, Décret n° 2024-1251 du 30 décembre 2024, etc.), le processus de simplification reste souvent fragmenté. »

Certains opérateurs économiques sondés regrettent également la diversité des pratiques et des règles contrevenant, à leur sens, à l'égalité de traitement et à l'accessibilité et demandent en conséquence les « *mêmes règles pour tous, même pour des montants de marchés faibles (diminuer au maximum le gré à gré et les entreprises "favorisées" des acheteurs)* », ou regrettent la faible concurrence s'agissant des logiciels :

« Du point de vue d'un petit éditeur logiciel national, la simplification du droit de la commande publique s'est partiellement effectuée via les marchés multi-éditeurs des centrales d'achat public, avec cependant un surcoût important en raison de la captation de taux par des intermédiaires et une baisse de la transparence. Organiser cette simplification (nécessaire pour une saine concurrence et l'efficacité de la réponse rapide aux besoins) d'une autre façon serait donc judicieux. »

¹⁸² 1 AC.

6. L'évolution du nombre de normes

Données. 37 sondés¹⁸³, sur les 506 ayant répondu à la question de la définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 7,31 % des sondés ayant fourni une définition), établissent un lien entre l'évolution du nombre de normes existantes (augmentation ou diminution du nombre de normes) et la simplification du droit de la commande publique. Il importe de souligner d'emblée que la préférence de ces sondés va à la diminution du nombre de normes : la majorité de ces sondés – 30 sondés¹⁸⁴ sur 37 – souligne, à l'instar de certains interviewés¹⁸⁵, que la simplification du droit de la commande publique implique la réduction du nombre de normes ou la suppression de normes considérées comme inutiles.

Réduction générale du nombre de normes. 9 sondés¹⁸⁶ définissent explicitement la simplification du droit de la commande publique comme une réduction du nombre de normes en général, par exemple en affirmant que cela suppose un « *allègement du nombre de normes applicables* »¹⁸⁷, « *une diminution de la réglementation qui, parfois, allonge les procédures* »¹⁸⁸, de « *réduire le nombre de règles* »¹⁸⁹, de procéder à la « *[s]uppression de normes* » (sans préciser lesquelles)¹⁹⁰, d'avoir des « *textes moins nombreux* »¹⁹¹, de « *[f]aire autant (ou mieux) avec moins de règles* (à écrire – à comprendre – à transmettre – à mettre en œuvre ...) »¹⁹², ou encore d' « *all[é]ge[r] [le] corpus législatif et réglementaire applicable aux entités adjudicatrices* »¹⁹³.

D'autres sondés semblent indiquer seulement implicitement que la simplification suppose la réduction du nombre de règles. Ainsi, un avocat définit la simplification du droit de

¹⁸³ 27 AC sur 404 AC ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 6,68 %), 3 AV sur 36 AV ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 8,33 %), et 7 OE sur 66 OE ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 10,61 %).

¹⁸⁴ 23 AC, 3 AV, et 4 OE.

¹⁸⁵ Cf. *supra*, Partie 2, Section 1, §I.

¹⁸⁶ 5 AC, 2 AV, et 2 OE.

¹⁸⁷ 1 AC.

¹⁸⁸ 1 AC.

¹⁸⁹ 1 AV.

¹⁹⁰ 1 OE.

¹⁹¹ 1 AC.

¹⁹² 1 AC.

¹⁹³ 1 AC.

Ce sondé développe, en indiquant que « [c] 'est un enjeu majeur. La rationalisation des procédures applicables à la passation et à l'exécution des contrats, afin d'alléger la charge administrative pesant sur les entités adjudicatrices ».

la commande publique comme « *un champ moins élargi de la commande publique* », tandis qu'un opérateur économique estime que la simplification est « *[p]arfois difficile à appréhender et [constate] une recrudescence des normes à respecter* », ce qui sous-entend qu'une réduction de normes serait souhaitable.

D'autres autorités contractantes (parmi ces 30 sondés favorables à la réduction du nombre de normes) sont légèrement plus précises en plaident pour la suppression de normes inutiles¹⁹⁴, comme « *les contraintes qui ne sont pas justifiées ou [...] [dont] le bilan coûts/avantages est défavorable* », ou encore « *certaines obligations superflues et chronophages inhérentes à la commande publique et qui sont susceptibles in fine de la desservir* ». Sont par exemple mises en cause « *l'interdiction de négocier* » « *qui semble[...] aujourd'hui avoir perdu tout sens* » ou une norme récente dite de simplification :

« *La simplification du droit de la commande publique est un processus qui consiste à réduire la quantité et la complexité des normes encadrant la commande publique. Le dernier décret est un mauvais exemple de "simplification" notamment sur les mesures concernant l'exécution. En effet, distinguer le taux de retenue de garantie selon que l'entreprise est une TPE/PME ou pas ne fait que complexifier l'exécution pour les acheteurs et le trésor public. Une bonne mesure de simplification aurait pu être de réduire le taux à 3%, voire supprimer la retenue de garantie, et prévoir en contrepartie une caution ou une GAPD systématique en travaux. Même chose pour la distinction du taux d'avance selon que l'entreprise est une TPE/PME ou pas.*

De manière moins directe, une de ces autorités contractantes évoque le fait « *d'essentialiser le droit de la commande publique* », ce qui peut impliquer de ne conserver que les normes fondamentales et ainsi de supprimer des normes considérées comme moins importantes ou même inutiles.

Réduction ciblée du nombre de normes. Pour 13 sondés¹⁹⁵, la simplification du droit de la commande publique repose spécifiquement sur la diminution de règles particulières, dérogatoires, ou des normes nationales s'ajoutant aux obligations européennes. Une autorité contractante associe d'ailleurs l'ensemble de ces éléments, en affirmant que :

¹⁹⁴ 5 AC.

¹⁹⁵ 12 AC, et 1 OE.

« Ces mesures [de simplification du droit de la commande publique] pouvant consister : en des modifications du régime du droit de la commande publique (par exemple pour mettre fin à la surtransposition des normes européennes ou encore pour mettre fin à la multiplication des normes en matière de commande publique telle qu'elle existe depuis environ 7 ans ainsi qu'à l'augmentation déraisonnée de mesures spécifiques ou régimes d'exception ou encore à l'éparpillement de ces normes dans des codes autres que le CCP – ces pratiques étant de nature à complexifier ce régime juridique et le rendre illisible, incompréhensible et imprévisible) [...] ».

4 autres autorités contractantes souscrivent à l'association entre simplification du droit de la commande publique et **fin de la surtransposition des directives européennes** – ou limitation des obligations à celles d'origine européenne. 6 autres autorités contractantes et un opérateur économique mettent également en cause la multiplication des exceptions ou normes transitoires, comme le « *relèvement temporaire des seuils pour les marchés de travaux* »¹⁹⁶.

Augmentation du nombre de normes. À l'inverse, une faible proportion de sondés – une autorité contractante et un opérateur économique – appellent directement ou indirectement à une augmentation du nombre de normes ou, à tout le moins, s'opposent à l'association entre simplification du droit de la commande publique et réduction du nombre de normes. En ce sens, une autorité contractante définit la simplification du droit de la commande publique comme incluant notamment « *plus de réglementation* », tandis qu'un opérateur économique indique simplement que la simplification du droit de la commande publique n'inclut « *pas forcément une déréglementation* ».

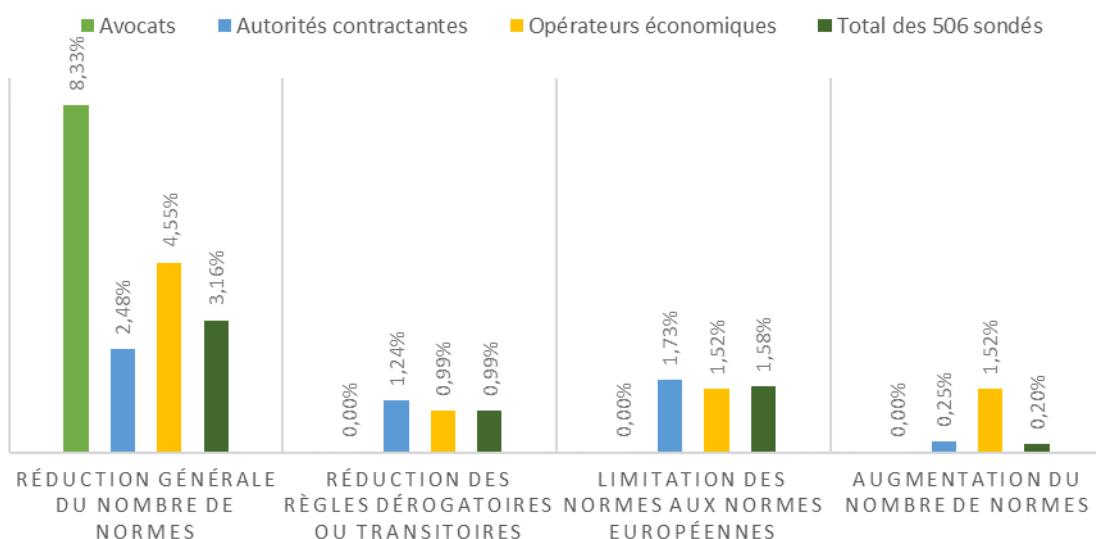
5 autres sondés adoptent une approche légèrement plus nuancée, en appelant non pas à une augmentation du nombre de normes en général, mais à la modification de normes existantes ou à la création de nouvelles normes précises. Les propos les plus généraux sont ceux d'une autorité contractante estimant que la simplification du droit de la commande publique implique d' « *arrêter de parler de "hors marché"* » et de « *revoir le mille-feuille contractuel* », sans autre précision. 2 autres sondés – une autorité contractante et un opérateur économique – évoquent les sanctions, la première affirmant qu'il faudrait donner aux autorités contractantes « *des moyens de sanctions autres que les pénalités (en cas de mauvaise exécution du marché public, pourquoi ne pas envisager une phase de renégociation tarifaire en solde de*

¹⁹⁶ 1 AC.

*marché, plutôt que des pénalités multipliées à l'excès ?) », et le second indiquant qu'il s'agirait de créer une « *sanction “automatique” au défaut de communication de ces précisions* [précisions à transmettre lors du rejet d'une offre] *dans le délai prévu* ». Les 2 autres sondés s'intéressent en revanche aux critères d'attribution, une autorité contractante souhaitant l'autorisation des « *critères de proximité et origine géographique* », et un opérateur économique indiquant qu'il faudrait « *obliger la définition et pondération des sous-sous critères RSE (sous-critères critères environnement, sociaux, éthiques)* ».*

Absence de consensus. L'absence de consensus entre les sondés, quant au lien spontanément émis entre simplification et réduction du nombre de normes (voir **Figure 2.15**), est confirmée par une autre question du sondage (voir **Figure 2.16** pour une comparaison de l'ensemble de ces données). En effet, **608 sondés¹⁹⁷** ont répondu à la question de savoir si l'**abrogation de règles relève de la simplification du droit de la commande publique**. Seuls **210 sondés¹⁹⁸** ont répondu par la positive (soit 34,54 %), contre 398 par la négative¹⁹⁹ (soit 65,46 %).

Figure 2.15 : Récapitulatif des liens spontanément réalisés par certains sondés entre évolution du nombre de normes et simplification du droit de la commande publique



¹⁹⁷ 479 AC, 48 AV, et 81 OE.

En sus de ces 608 sondés, 52 sondés ont fourni des réponses non exploitable, c'est-à-dire qu'ils n'ont coché aucune des deux possibilités proposées (« Oui » ou « Non ») – 28 AC, 9 AV, et 15 OE. Leurs réponses ne sont donc pas comptabilisées.

¹⁹⁸ Dont 177 AC sur 479 AC ayant fourni une réponse exploitable (soit 36,95 %), 13 AV sur 48 AV ayant fourni une réponse exploitable (soit 27,08 %), et 20 OE sur 81 OE ayant fourni une réponse exploitable (soit 24,69 %).

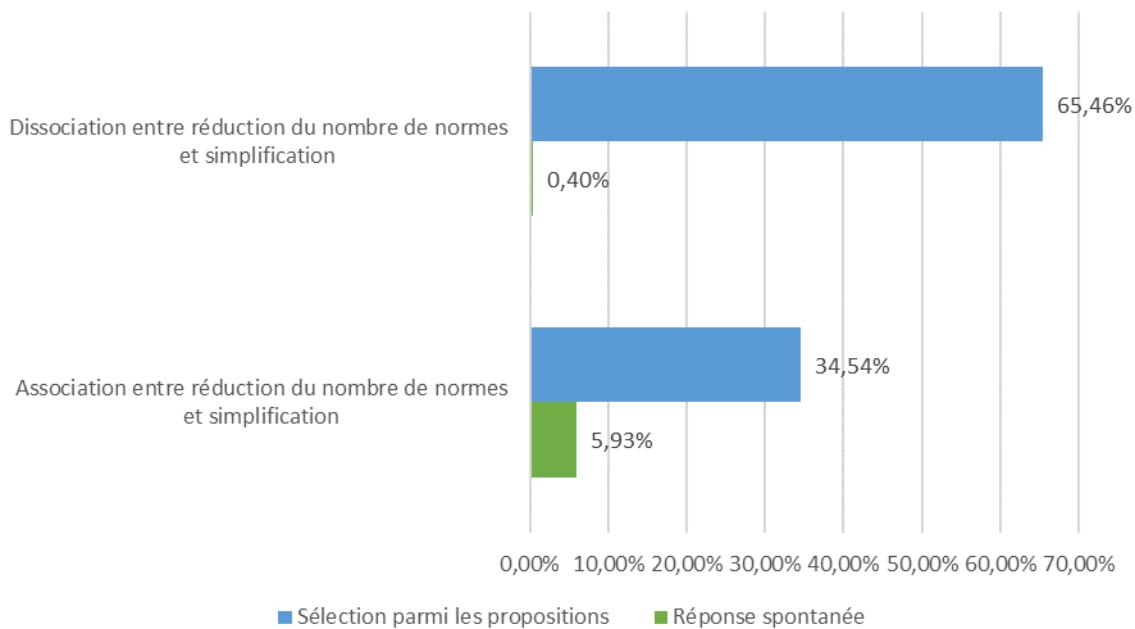
¹⁹⁹ Dont 302 AC sur 479 AC ayant fourni une réponse exploitable (soit 63,05 %), 35 AV sur 48 AV ayant fourni une réponse exploitable (soit 72,92 %), et 61 OE sur 81 OE ayant fourni une réponse exploitable (soit 75,31 %).

Figure 2.16 : Comparatif sommaire entre les réponses spontanées des sondés et leurs réponses à une question fermée s'agissant des liens entre réduction du nombre de normes et simplification du droit de la commande publique

Les pourcentages indiqués sont réalisés en prenant en compte un nombre total différent de sondés, selon qu'il s'agit de réponses spontanées (dans le cadre de la définition de la simplification) ou de réponses à une question dite fermée.

Pour les réponses spontanées, le total pris en compte est celui des 506 sondés ayant donné leur définition de la simplification du droit de la commande publique.

Pour les réponses à la question dite fermée, le total pris en compte est celui des 608 sondés ayant répondu à la question de savoir si l'abrogation des règles relève ou non de la simplification du droit de la commande publique. Une réponse positive à cette question est assimilée ci-dessous à une réduction du nombre de normes.



7. Les principes fondamentaux de la commande publique

Transparence. Seulement 5 sondés²⁰⁰, sur les 506 sondés ayant répondu à la question de la définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 0,99 % des sondés ayant fourni une définition), incluent spontanément la transparence dans leur définition. Leurs propos sont succincts et ne se recoupent pas pleinement.

Un opérateur économique inclut, dans la définition qu'il propose de la simplification du droit de la commande publique, « *la garantie de l'équité et de la transparence des procédures* ». Ce sondé ne développe pas davantage, par exemple en soulignant les éventuelles lacunes ou

²⁰⁰ 2 AC sur 404 AC ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 0,5 %), 2 AV sur 36 AV ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 5,56 %), et 1 OE sur 66 OE ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 1,52 %).

insuffisances actuelles de garantie de la transparence, ou en proposant des moyens de garantir la transparence.

2 autorités contractantes évoquent – pour l'une – le fait de « *faciliter [...] la transparence* » et – pour l'autre – le fait de « *définir plus précisément les attendus et obligations de l'acheteur dans ce domaine* ». Ces deux éléments se rejoignent en ce que la facilitation de la transparence peut passer par une clarification des exigences afférentes. Comme pour l'opérateur économique déjà cité, ces sondés ne développent pas davantage le lien entre transparence et simplification ni les moyens précis pour faciliter ou clarifier la transparence.

2 avocats lient sommairement le renforcement de la transparence et la simplification du droit de la commande publique, de manière explicite pour l'un (il s'agit de « *viser à plus de transparence* ») et implicite pour l'autre (qui indique simplement que la simplification inclut « *la transparence dans les choix* », semblant sous-entendre que la transparence actuelle est insuffisante).

Égalité de traitement. Seulement 3 sondés²⁰¹, sur les 506 sondés ayant répondu à la question de la définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 0,59 % des sondés ayant fourni une définition), établissent spontanément un lien entre l'égalité de traitement et la simplification. Ils émettent toutefois des opinions divergentes quant aux moyens de simplifier via l'égalité de traitement.

2 autorités contractantes adoptent des approches potentiellement opposées quant au risque actuel de non-respect de l'égalité de traitement, et ainsi quant aux moyens de simplification par l'égalité de traitement. La première semble affirmer que le risque actuel est surestimé et que la simplification devrait permettre la « *disparition de l'angoisse sur l'égalité de traitement* ». Les propos de la seconde autorité contractante vont plutôt dans le sens inverse : celui de garanties actuelles insuffisantes quant à l'égalité de traitement. **D'où la proposition de « systématiser une autorité de contrôle pour tous les organismes acheteurs pour s'assurer du respect de ce principe ».** Une telle proposition pourrait avoir pour effet de mettre fin à l'angoisse de la violation de l'égalité de traitement (à l'instar du premier sondé), mais semble, sans autre précision, pouvoir également être interprétée comme soulignant un contrôle actuellement insuffisant en droit positif et l'absence de sanction de violations pour l'instant.

²⁰¹ 2 AC sur 404 AC ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 0,5 %), et 1 OE sur 66 OE ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 1,52 %).

Un opérateur économique adopte une autre approche, en estimant que la simplification inclut la réduction des différences de procédures et de normes pour assurer l'égalité de traitement et l'accessibilité. Il souhaite ainsi, comme déjà mentionné précédemment²⁰², les « *mêmes règles pour tous même pour des montants de marchés faibles (diminuer au maximum le gré à gré et les entreprises "favorites" des acheteurs)* ».

8. La diminution du risque

Données. Seulement 4 sondés²⁰³ (ne comprenant, sans surprise, aucun opérateur économique), sur les 506 sondés ayant répondu à la question de la définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 0,79 % des sondés ayant fourni une définition), associent spontanément la diminution du risque et la simplification. Ils évoquent tous le risque, particulièrement contentieux, mais ne semblent pas pleinement s'accorder sur le fait que ce risque soit ou non surestimé (pour faire écho aux propos de certains interviewés²⁰⁴).

Crainte du contentieux. Une autorité contractante estime que la simplification du droit de la commande publique implique « *un code plus facile à utiliser sans avoir peur du contentieux* », mais ne développe pas davantage. Il est difficile d'en déduire que cette peur est ou non justifiée, ou que cela nécessite une modification des normes selon ce sondé.

Sécurisation du risque. Les 3 autres sondés²⁰⁵ appellent explicitement à une réduction du risque par le droit, et semblent ainsi penser que le risque n'est pas surestimé. Il est en ce sens fait mention d'une « *diminution du risque juridique* »²⁰⁶, de « *sécuriser le risque contentieux* »²⁰⁷, ou de l'objectif « *d'éviter les contentieux* »²⁰⁸. Ces sondés ne développent pas davantage leurs explications ou les moyens d'atteindre un tel but.

²⁰² Cf. *supra*, Partie 3, Section 1, §I., B., 5.

²⁰³ 3 AC sur 404 AC ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 0,74 %), et 1 AV sur 36 AV ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 2,78 %).

²⁰⁴ Cf. *supra*, Partie 2, Section 1, §II ; Partie 2, Section 2, §II, A ; et Partie 2, Section 3, §IV.

²⁰⁵ 2 AC, et 1 AV.

²⁰⁶ 1 AC.

²⁰⁷ 1 AV.

²⁰⁸ 1 AC.

9. La définition du besoin

Données. Seulement 2 sondés²⁰⁹, sur les 506 sondés ayant répondu à la question de la définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 0,4 % des sondés ayant fourni une définition), associent spontanément la définition du besoin et la simplification. Ces réponses font écho aux propos déjà cités d'un opérateur économique, liant le manque de formation des acheteurs publics aux difficultés de définition du besoin²¹⁰.

Interprétation délicate des données. Les 2 sondés semblent s'accorder sur une définition insuffisante du besoin en pratique. L'autorité contractante n'évoque pas expressément la définition du besoin, mais admet d'elle-même qu'il faudrait « [ê]tre plus explicite dans notre demande ». L'opérateur économique développe en revanche davantage en indiquant, parmi les éléments de définition de la simplification du droit de la commande publique, que « *la définition des besoins est un gros problème également : elle est souvent indigente et inadaptée ce qui engendre encore ici des coûts parfois inconsidérés – le point de la "compétence" notamment à piloter et gérer les marchés NTIC est un point crucial* ».

Les moyens pour simplifier le droit de la commande publique par la définition du besoin ne sont pas explicites dans les propos de ces 2 sondés, et il est même possible de douter que le droit puisse conduire à une meilleure définition du besoin, sauf à créer des moyens efficaces de contrôler la qualité de cette définition et de sanctionner le cas échéant. Des recommandations opérationnelles pourraient en revanche être envisagées pour renforcer la formation et accroître la compétence des personnels des autorités contractantes, afin d'inciter à une meilleure définition du besoin.

10. L'amélioration des relations et de l'exécution des contrats

Données. 5 sondés²¹¹, sur les 506 sondés ayant répondu à la question de la définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 0,99 % des sondés ayant fourni une définition), associent spontanément les relations entre les parties ou l'exécution des contrats

²⁰⁹ 1 AC sur 404 AC ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 0,25 %), et 1 OE sur 66 OE ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 1,52 %).

²¹⁰ Cf. *supra*, Partie 3, §I., A, 5.

²¹¹ 2 AC sur 404 AC ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 0,5 %), 2 AV sur 36 AV ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 5,56 %), et 1 OE sur 66 OE ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 1,52 %).

avec la simplification du droit de la commande publique. Les éléments fournis par ces sondés ne sont toutefois pas pleinement convergents.

Facilitation des rapports entre secteurs public et privé. Un avocat sondé met en exergue le fait que la simplification du droit de la commande publique implique une logique de « *facilitation des échanges économiques avec la sphère publique* » de manière générale pour améliorer les relations contractuelles.

Fluidification des échanges. Une autorité contractante inclut, dans sa définition de la simplification du droit de la commande publique, la « *[f]luidification des échanges, et des différentes étapes* » sans viser explicitement l'exécution des contrats de la commande publique.

Liens entre amélioration des relations et exécution des contrats.

Les 3 autres sondés²¹² soulignent soit que l'attention devrait être davantage portée sur l'exécution que sur la passation²¹³, soit que les rapports contractuels devaient être fluidifiés « *dans le cadre de l'exécution des marchés ou concessions de travaux* »²¹⁴, soit que la simplification devrait permettre « *une meilleure exécution des marchés publics et d'instaurer des relations apaisées/de confiance entre les pouvoirs adjudicateurs/entités adjudicatrices et les opérateurs économiques* »²¹⁵.

C. Les composantes liées à l'évolution du contenu des normes

Complexité plurielle issue du contenu des normes. Les composantes de la simplification du droit de la commande publique spontanément identifiées par les sondés peuvent porter sur le contenu précis des normes de la commande publique ou certaines d'entre elles. La réduction des charges incombant aux autorités contractantes comme aux opérateurs économiques est ainsi évoquée sous l'angle de l'allègement du formalisme administratif (1.) et de la facilitation de l'accès à la commande publique (2.). Le manque de compréhension ou d'unité des pratiques et normes applicables est également mis en cause à travers différentes composantes de la simplification : la lisibilité des procédures et pratiques (3.), l'harmonisation éventuelle des règles et outils – bien que les sondés soient divisés quant à la nécessité d'une harmonisation ou au degré de celle-ci (4.) –, et la réduction du nombre de procédures ou de

²¹² 1 AC, 1 AV, et 1 OE.

²¹³ Selon un opérateur économique, la simplification implique de « *[d]éconstruire la vision mythique des principes de procédure pour favoriser les principes de l'exécution (continuité de la mission et bonne utilisation des deniers publics)* ».

²¹⁴ 1 AV.

²¹⁵ 1 AC.

contrats (5.). Certains sondés portent leur attention sur des aspects précis de la passation, via l'assouplissement du recours à la négociation (6.) ou des procédures et techniques d'achat (7.). Enfin, le lien entre les seuils (même ceux ne relevant pas des procédures de passation) et la simplification du droit de la commande publique apparaît dans les réponses de certains sondés, bien que ces derniers soient en désaccord sur les mesures à adopter à ce sujet (8.).

1. L'allègement du formalisme administratif

Consensus. 86 sondés²¹⁶, sur les 506 sondés ayant répondu à la question de la définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 17 % des sondés ayant fourni une définition), associent spontanément l'allègement des charges administratives, du formalisme administratif, à la simplification du droit de la commande publique. Ceci représente ainsi une part significative des sondés, et confirme non seulement les retours des praticiens à l'occasion de l'enquête de terrain qualitative, mais également l'état du droit et de la doctrine²¹⁷. Bien que l'objectif poursuivi soit généralement le même pour l'ensemble des sondés – à savoir, diminuer les tâches administratives considérées comme peu utiles et chronophages – l'approche adoptée varie entre les sondés. Certains se contentent de propos très généraux, tandis que d'autres mettent en exergue l'inutilité de certaines formalités administratives de la passation. Dans le même sens, une partie des sondés souligne que la simplification devrait viser aussi bien les autorités contractantes que les opérateurs économiques, alors que d'autres estiment, au contraire, que la simplification devrait être destinée à seulement l'une de ces deux catégories. Enfin, une dernière partie de sondés vise certaines formalités administratives en particulier, voire proposent des moyens d'allègement de ces formalités afin de procéder à la simplification du droit de la commande publique. Le tableau présenté à la fin de cette subdivision résume les différentes approches adoptées par ces 86 sondés (**Figure 2.17, infra**).

Allègement des démarches administratives de manière générale. Une part significative de ces 86 sondés – 31 sondés²¹⁸ (soit 36,05 %) – évoque simplement l'allègement

²¹⁶ 76 AC sur 404 AC ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 18,81 %), 1 AV sur 36 AV ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 2,78 %), et 9 OE sur 66 OE ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 13,64 %).

²¹⁷ Pour l'état du droit et de la doctrine : voy. *supra*, Partie 1, Section 1, §III., B., 2.

S'agissant de l'enquête de terrain qualitative : voy. *supra*, Partie 2, Section 1, §I.

²¹⁸ 27 AC, et 4 OE.

du formalisme, « *des démarches parfois dissuasives* »²¹⁹, de la « *paperasse* »²²⁰, de la « *complexité [...] procédurale* »²²¹, des « *lourdeurs procédurales* »²²², ou émet le souhait de « *formalisme et procédure plus légers* »²²³, sans autre précision. Certains de ces sondés sont légèrement plus prolixes, par exemple en affirmant que la simplification désigne le fait de « *[f]aciliter le traitement des différentes tâches relatives à la commande publique que ce soit dans la passation des marchés et dans leur exécution* »²²⁴, ou que « *l'enjeu est de simplifier la constitution du dossier administratif* »²²⁵.

Allègement à destination des opérateurs économiques et des autorités contractantes.

11 sondés²²⁶ parmi les 86 (soit 12,79 %) indiquent que la simplification par l'allègement du formalisme doit bénéficier aussi bien aux autorités contractantes qu'aux opérateurs économiques. Certains soulignent que le maintien de nombreuses démarches à la charge des autorités contractantes dessert également les opérateurs économiques, qui sont pourtant les destinataires actuels des mesures de simplification. En ce sens, une autorité contractante affirme :

« *La simplification va dans le sens des opérateurs économiques, mais pas des acheteurs. Or, de nombreuses vérifications nous ont été attribuées alors même qu'elles devraient relever des organismes publics, ce qui fait perdre un temps considérable aux acheteurs. Pour exemple, la vérification des obligations fiscales et sociales : avoir l'obligation de vérifier l'authenticité des attestations de vigilance URSSAF est déjà une charge, mais devoir en plus vérifier que ce qui est déclaré est cohérent est une ineptie. Pourquoi cette vérification n'est-elle pas faite par l'URSSAF ? Qui suis-je en tant qu'acheteur pour aller vérifier que le nombre de salariés et la masse déclarée sont cohérents ? Trop de documents à demander et à vérifier, ce qui décourage beaucoup de potentiels candidats et est extrêmement chronophage*

²¹⁹ 1 AC.

²²⁰ 1 AC.

²²¹ 1 AC.

Une autre autorité contractante évoque par exemple la « *complexité administrative* ».

²²² 1 AC.

Dans le même sens et sans prétention à l'exhaustivité, il est fait mention de la nécessité d' « *[a]lléger la lourdeur administrative des marchés publics* » (1 AC) ou de « *supprimer les lourdeurs administratives* » (1 AC).

²²³ 1 AC.

²²⁴ 1 AC.

²²⁵ 1 OE.

²²⁶ 10 AC, et 1 OE.

pour les acheteurs qui, très souvent, n'ont pas les ressources humaines nécessaires. »

Le nombre élevé et la redondance des documents exigés des candidats, créant corrélativement une charge fastidieuse d'examen et de vérification de ces documents par les autorités contractantes, sont également mis en exergue par les autres sondés. À l'instar de l'autorité contractante citée ci-dessus, une part importante des 11 sondés estime que la diminution de la charge administrative des candidats entraînerait une diminution de celle des autorités contractantes. Certains de ces sondés esquisSENT en conséquence des allègements précis qui pourraient être réalisés dans un but de simplification. Il en est ainsi de l'*« idée de passeport permettant aux acheteurs de bénéficier de l'ensemble des informations vérifiées par avance sur les capacités et conformités des candidats »*, qui apporterait également de la *« simplification au bénéfice des candidats sur la partie “administrative” »*²²⁷. Bien que l'attention soit principalement portée sur la passation – en particulier les candidatures et le choix du cocontractant – l'allègement du formalisme administratif devrait également porter sur *« l'exécution des marchés »* selon un opérateur économique.

Allègement à destination des opérateurs économiques. 7 sondés²²⁸ parmi les 86 (soit 8,14 %) – étonnamment majoritairement des autorités contractantes, probablement en raison de leur surreprésentation au sein des sondés – ne visent que la charge administrative des opérateurs économiques dans la définition qu'ils proposent de la simplification du droit de la commande publique. Ces sondés abondent dans le même sens que les précédents, en soulignant qu'une réduction du nombre de documents demandés aux opérateurs économiques est nécessaire, qu'il s'agit d'éviter *« une machine administrative infernale et décourageante »*²²⁹, ou encore qu'il serait utile de procéder au *« développement des outils uniques pour déposer des offres [ainsi qu'à la création] des listes de pièces justificatives uniformisées et simplifiées »*²³⁰. Ceci rejoint les propos déjà cités d'une autorité contractante sondée dans le cadre de la perception de la simplification du droit de la commande publique, qui soulignait l'existence d'*« efforts à produire sur la partie réponse à procédures de mise en concurrence (notamment les documents de candidature à fournir par les candidats et leurs sous-traitants) »*²³¹.

²²⁷ 1 AC.

²²⁸ 6 AC, et 1 OE.

²²⁹ 1 AC.

²³⁰ 1 AC.

²³¹ Cf. *supra*, Partie 3, §I., A, 2.

Allègement à destination des autorités contractantes. 4 autorités contractantes parmi les 86 sondés (soit 4,65 %) estiment, à l'inverse de la catégorie précédente de sondés, que la simplification devrait conduire à alléger la charge administrative des autorités contractantes. En ce sens, certains regrettent que les destinataires principaux des mesures de simplification soient les opérateurs économiques, tandis que d'autres soulignent simplement que les contrôles et vérifications à la charge des autorités contractantes sont trop nombreux.

Formalités procédurales inutiles. Dans la continuité des précédents sondés, 10 autorités contractantes – sur les 86 sondés (soit 11,63 %) – mettent en exergue la charge administrative importante résultant des procédures. Toutefois, contrairement, aux précédents sondés, ces autorités contractantes mettent expressément en exergue le fait que cette charge est inutile par rapport aux objectifs poursuivis, voire contre-productive. Il en est ainsi des « *formalités sans plus-value ou sans risque pour l'acheteur public ou pour l'intérêt général* », des formalités destinées à « *respecter les règles procédurales qui ne sont pas en adéquation avec un achat pertinent et une bonne utilisation des deniers publics* », des « *tâches administratives ou techniques sans valeur ajoutée* », des « *aspects administratifs et procéduraux [...] redondants* ». Il s'agit, pour les autorités contractantes, de « *[r]emettre le métier d'acheteur au centre de la commande publique en leur permettant de ne plus faire autant d'administratif (vérification à leur charge)* », et « *[i]l est dommage que les acheteurs phosphorent davantage sur le respect de la procédure de passation, alors qu'ils devraient avoir à se préoccuper surtout du montage contractuel et de la qualité de l'achat réalisé* ».

Allègement ciblé. 23 sondés²³² sur les 86 sondés (soit 26,74 %) sont légèrement plus précis quant aux charges administratives qui devraient être allégées ou supprimées.

Il en est ainsi de la publication des données essentielles. Ces dernières devraient être transmises « *via des api non payantes* » selon un sondé²³³. De manière plus générale, il s'agirait d' « *[a]ssouplir les contraintes déclaratives des pouvoirs adjudicateurs (un seul site pour les données essentielles ex data gouv - un flux obligatoire entre data gouv et les plateformes de dématérialisation de manière à ne pas saisir plusieurs fois les données essentielles)* »²³⁴. S'agissant cette fois de la publicité, une autorité contractante estime que les formulaires de la plateforme PLACE pourraient être simplifiés.

²³² 19 AC, 1 AV, et 3 OE.

²³³ 1 AC.

²³⁴ 1 AC.

Il en est également ainsi de l'ensemble des vérifications et contrôles à la charge des autorités contractantes, corrélées à l'efficacité du « dites-le-nous une fois ». Par exemple, le nombre de « *données déclaratives à contrôler (ex : CA, effectifs, ...)* »²³⁵ pourrait être diminué, les « *opérations de vérification dites “administratives” des candidats* »²³⁶ simplifiées, le « *passeport commande publique* » créé²³⁷ ou – dans le même ordre d'idées – le marché simplifié réinstauré²³⁸, les informations des candidats conservées par les autorités contractantes d'une procédure à une autre²³⁹, et les contrôles automatisés²⁴⁰ ou réduits²⁴¹. S'agissant spécifiquement de certaines autorités contractantes, un sondé estime que le contrôle de légalité devrait être réformé pour apporter de la simplification : il s'agirait de « *[r]epenser un système de contrôle qui, dans son état actuel, génère de la complexité et de la lourdeur administrative dans les processus sans garantir l'efficacité, notamment en raison de la sous-dotation des services de contrôle de légalité préfectoraux* »²⁴².

Faisant écho aux vérifications et contrôles à la charge des autorités contractantes, un sondé estime que l'allègement pourrait résulter de **la modification de « la liste des motifs d'exclusion que les acheteurs ne peuvent vérifier directement »**²⁴³, sans apporter davantage d'explication.

En complément, certains sondés soulignent qu'il s'agirait de réduire le nombre de pièces demandées aux candidats, comme celles « *sans rapport avec l'objet du marché (PV de CSE)* »²⁴⁴, de simplifier « *la procédure de dépôt des réponses favorisant la réponse des petits*

²³⁵ 1 AC.

²³⁶ 1 AC.

Dans le même sens, une autre autorité contractante affirme qu' « *une aide serait la bienvenue concernant la vérification des documents et attestations à fournir par les attributaires* », et un opérateur économique souligne qu' « *[i]l faudrait arrêter d'empiler les exigences administratives et la fourniture de moults informations et documents qui sont d'ores et déjà rassemblés dans différents organismes dont l'URSSAF* ».

²³⁷ « *À partir du moment où une entreprise est en règle (et cette régularité est connue par les administrations françaises, chacune pour ce qui la concerne), elle devrait pouvoir facilement attester de cela (par exemple, un site internet indiquant, par SIRET, si l'entreprise est en règle)* » (1 AC).

²³⁸ 1 OE.

²³⁹ 1 OE.

²⁴⁰ 1 AC.

²⁴¹ 1 AV.

²⁴² 1 AC.

²⁴³ 1 AC.

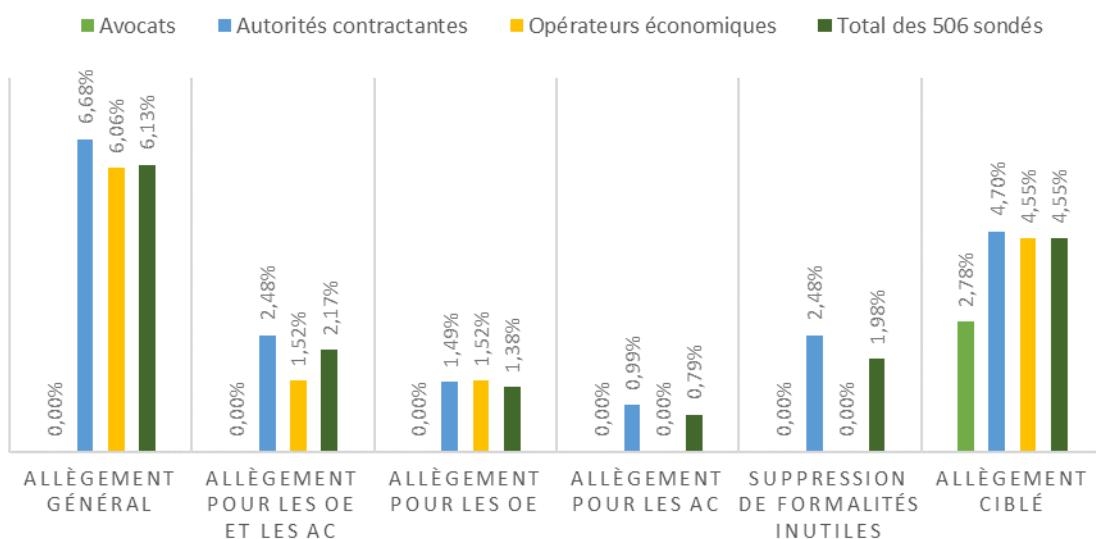
²⁴⁴ 1 AC.

acteurs locaux aux marchés des EPLE notamment alimentaires »²⁴⁵, ou de simplifier les formulaires de candidatures (ex : « DC1, DC2, DC4 »²⁴⁶ ou le DUME²⁴⁷), voire de :

« [m]ettre en place un processus de validation préalable pour le dépôt des offres. Cela permettrait de limiter les allers-retours fastidieux et souvent incompris par les candidats, en s'assurant que les dossiers soient complets et conformes au moment du dépôt. Le bénéfice temps et sécurisation serait intéressant pour toutes les parties prenantes. »²⁴⁸

Enfin, et plus généralement, une autorité contractante propose, s'agissant de l'égalité de traitement, de « systématiser une autorité de contrôle pour tous les organismes acheteurs pour s'assurer du respect de ce principe » (comme évoqué précédemment²⁴⁹).

Figure 2.17 : Récapitulatif des liens spontanément réalisés par certains sondés entre allègement du formalisme administratif et simplification du droit de la commande publique



2. La facilitation de l'accès à la commande publique

Données. Faisant écho aux propos ci-dessus s'agissant du formalisme excessif dans le cadre du droit de la commande publique, une part significative des sondés établit un lien entre

²⁴⁵ 1 AC.

²⁴⁶ 1 AC.

²⁴⁷ 1 AC. Ce sondé développe en indiquant qu'une possibilité serait de « [r]endre obligatoires les données dans le DUME pour garantir une information complète dès le dépôt des offres ».

²⁴⁸ 1 AC (il s'agit de la même autorité contractante que celle de la note de bas de page précédente proposant d'optimiser le DUME).

²⁴⁹ Cf. *supra*, Partie 3, Section 1, §I., B., 7.

simplification du droit de la commande publique et facilitation de l'accès à la commande publique, en particulier pour les opérateurs économiques. Tel est le cas de 79 sondés²⁵⁰ sur les 506 ayant répondu à la question de la définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 15,61 % des sondés ayant fourni une définition). Les « destinataires » de cet accès varient toutefois entre les sondés, comme le révèlent les développements ci-après ainsi que le graphique récapitulatif à la fin de cette subdivision (**Figure 2.18, infra**).

Accès pour les PME et TPE. Adoptant sensiblement la même approche que le législateur²⁵¹, 13 de ces sondés²⁵² – exclusivement des autorités contractantes – visent spécifiquement l'accès pour les PME ou TPE, contrairement aux interviewés qui n'évoquent pas cette composante de la simplification²⁵³. 3 de ces sondés fournissent à cet égard des voies de simplification prévisibles : l'un évoque la nécessité de procéder à une « *limitation des procédures et contraintes* », l'autre de « *rédui[re] les obstacles administratifs en allégeant les procédures* », et le dernier indique qu'il s'agit de « *permettre un accès aux toutes petites entreprises notamment locales, souvent perdues dans les procédures lancées par la collectivité du fait du nombre de pièces à déposer ou de la complexité des éléments demandés* ». Un autre de ces 13 sondés suggère à cet égard une simplification plus précise pour améliorer l'accès des PME à la commande publique : rendre « *plus accessible l'appréhension d'un DCE (formulaire distinct pour les marchés MDS et les marchés généralistes, des formulaires DAJ plus simples en forme de CERFA ou une candidature en ligne type dites-le-nous une fois* ».

Accès pour l'ensemble des opérateurs économiques. Une part plus importante des 79 sondés²⁵⁴ évoque l'accès des opérateurs économiques de manière générale, ou précise que l'accès devrait être renforcé pour l'intégralité des entreprises, semblant sous-entendre que les mesures de simplification ne devraient pas être uniquement dédiées aux PME. Il en est ainsi quand une autorité contractante souligne que la simplification du droit de la commande renvoie notamment au fait de « *[f]aciliter l'accès à la commande publique à tous*

²⁵⁰ 67 AC sur 404 AC ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 16,58 %), 2 AV sur 36 AV ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 5,56 %), 10 OE sur 66 OE ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 15,15 %).

²⁵¹ Cf. *supra*, Partie 1, Section 1, §IV.

²⁵² Soit 16,46 % des 79 sondés associant facilitation de l'accès à la commande publique et simplification du droit de la commande publique.

²⁵³ Cf. *supra*, Partie 2, Section 1, §I.

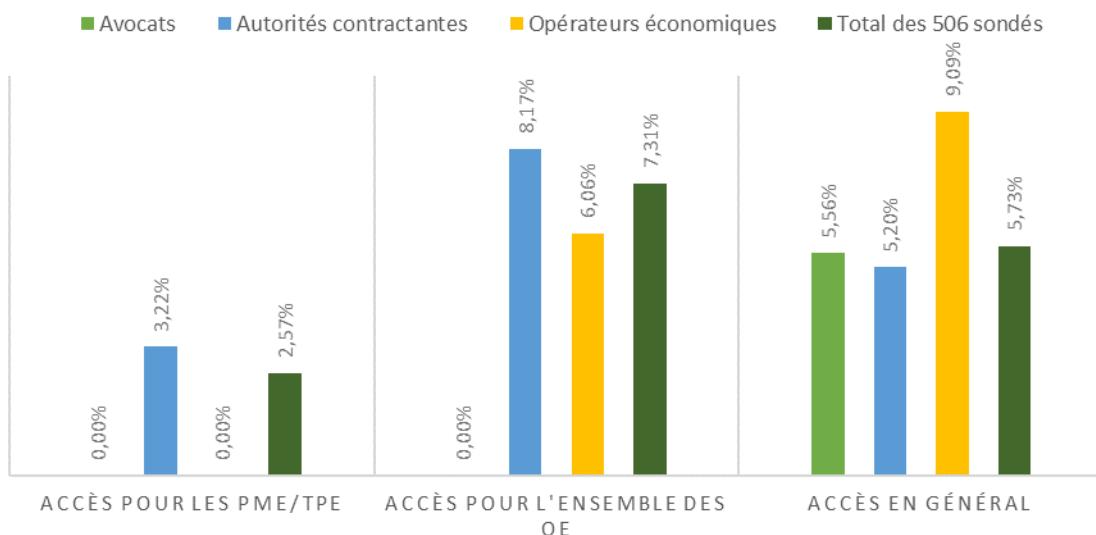
²⁵⁴ 37 sondés (soit 46,84 % des 79 sondés associant facilitation de l'accès à la commande publique et simplification) – 33 AC et 4 OE.

les opérateurs économiques, quelle que soit leur taille », ou qu'une autre autorité contractante évoque un « *accès simplifié aux PME, accès plus facile aux entreprises* ».

2 sondés n'évoquent pas explicitement l'accès des opérateurs économiques à la commande publique, mais leurs propos peuvent être interprétés en ce sens. Une autorité contractante estime par exemple que la simplification du droit de la commande publique est « *une nécessité pour l'accessibilité et l'attractivité de nos achats* », tandis qu'une autre autorité contractante évoque un moyen de faciliter l'accès sans évoquer l'accès lui-même : « *[f]aciliter la réponse aux consultations pour les opérateurs économiques* ».

Accès généralisé. Enfin, une part significative des 79 sondés²⁵⁵ semble adopter une approche encore plus large de l'accès à la commande publique, en évoquant l'accès de manière générale (sans désigner les opérateurs économiques) ou en faisant également référence aux autorités contractantes. Il est par exemple fait mention d' « *[u]n accès facile côté acheteur et côté entreprise* »²⁵⁶, du fait de faciliter « *l'accès aux contrats de la commande publique, tant pour les acheteurs que pour les opérateurs économiques* »²⁵⁷, ou de rendre la commande publique « *accessible à tous* »²⁵⁸.

Figure 2.18 : Récapitulatif des liens spontanément réalisés par certains sondés entre facilitation de l'accès à la commande publique et simplification du droit de la commande publique



²⁵⁵ 21 AC, 2 AV, et 6 OE, soit 29 sondés (36,71 % des 79 sondés).

²⁵⁶ 1 AC.

²⁵⁷ 1 AC.

²⁵⁸ 1 AC.

3. La lisibilité des procédures et des pratiques

Données. 12 sondés²⁵⁹, sur les 506 ayant répondu à la question de la définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 2,37 % des sondés ayant fourni une définition), évoquent une autre composante de la simplification du droit de la commande publique faisant écho à la sécurité juridique et à la facilitation de l'accès à la commande publique : la lisibilité des procédures ou pratiques, pour faciliter leur compréhension et leur mise en œuvre.

Lisibilité des documents et pratiques. Certains sondés soulignent que la simplification est liée à la lisibilité des « *appels d'offres* »²⁶⁰ ou affirment qu'il importe de « [s]implifier la rédaction, les réponses et l'exécution des marchés »²⁶¹, d'améliorer la lisibilité des procédures en général²⁶², celle des « *pièces de marchés pour les entreprises* »²⁶³, celle des « *formalités à accomplir* »²⁶⁴, ou encore celle de « *la pratique* »²⁶⁵.

Amélioration de la compréhension des procédures. Une autorité contractante met principalement en cause le comportement des autorités contractantes, mais estime que ceci est dû à la complexité du droit de la commande publique. Ce sondé n'évoque pas expressément la lisibilité, mais ses propos semblent présenter un lien important avec la lisibilité et la compréhension par les autorités contractantes : « [l]'*intégralité des services des acheteurs confond devis / contrat / marché, la commande publique les oppresse par sa complexité et son absurdité dans certaines situations* ». À l'inverse, une autorité contractante souligne les efforts réalisés par certains acheteurs pour améliorer la lisibilité des procédures et montages contractuels auprès des opérateurs économiques :

« *Pour moi, la simplification ne passe pas forcément par une réforme du Code de la commande publique. Elle doit avant tout se traduire par une meilleure*

²⁵⁹ 10 AC sur 404 AC ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 2,48 %), 1 AV sur 36 AV ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 2,78 %), et 1 OE sur 66 OE ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 1,52 %).

²⁶⁰ 1 AC.

²⁶¹ 1 AC.

Dans le même sens, l'autorité contractante évoquant, dans la note précédente, la lisibilité des appels d'offres met également en exergue la « *simplifi[cation] [d]es modalités de réponse* ».

²⁶² 1 OE.

²⁶³ 1 AC.

²⁶⁴ 1 AV.

²⁶⁵ Une autorité contractante ne donne pas d'autre précision s'agissant de la pratique concernée, tandis qu'une autre autorité contractante indique que la lisibilité qu'elle souhaite concerne les « *seuils et pratiques [...] en procédure adaptée* ».

compréhension de la commande publique par les opérateurs économiques.

Par exemple, certains acheteurs intègrent dans leurs DCE des fiches explicatives, un glossaire, des schémas, et plus généralement du "legal design". Cela permet aux entreprises de mieux comprendre comment fonctionne un marché. »

En complément, une autre autorité contractante propose une solution pour « *faciliter la compréhension des procédures et contrats par les opérateurs économiques* », en estimant que la « *forme des marchés [est] à réinventer (il est peut-être temps de sortir des documents classiques de procédures type RC, AE, CCAP/CCTP, BPU, etc., même si les éléments qu'ils contiennent doivent, bien sûr, être définis)* ».

4. Le degré variable d'harmonisation des règles et des outils

Données. 39 sondés²⁶⁶, sur les 506 ayant répondu à la question de la définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 7,71 % des sondés ayant fourni une définition), estiment que la simplification repose sur la réduction des différences entre les règles, outils, ou pratiques de la commande publique. À l'instar des interviewés²⁶⁷, ces 39 sondés ne s'accordent toutefois pas sur le degré souhaité de rapprochement des règles et – corrélativement – sur le degré nécessaire de diminution des différences entre les contrats, les autorités contractantes ou les opérateurs économiques concernés. En effet, certains évoquent l'harmonisation, d'autres l'uniformisation, et enfin certains estiment, à l'inverse, qu'il importe de dissocier harmonisation des règles et simplification du droit de la commande publique. Certains sondés sont comptabilisés dans plusieurs des catégories ci-dessous, car évoquant plusieurs objets d'harmonisation ou d'uniformisation.

Harmonisation générale. 9 sondés²⁶⁸, sur les 39 associant spontanément harmonisation ou uniformisation et simplification du droit de la commande publique (soit 23,08 % des 39 sondés), soulignent qu'il s'agit d'harmoniser les règles en général (sans autre précision)²⁶⁹ ou sont légèrement plus spécifiques en évoquant les règles régissant les

²⁶⁶ 29 AC sur 404 AC ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 7,18 %), 1 AV sur 36 AV ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 2,78 %), et 9 OE sur 66 OE ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 13,64 %).

²⁶⁷ Cf. *supra*, Partie 2, Section 1, §I.

²⁶⁸ 5 AC, 1 AV, et 3 OE.

²⁶⁹ 1 AC, 1 AV, et 1 OE.

procédures²⁷⁰, le contentieux²⁷¹, certains objets de contrats ou encore certaines autorités contractantes²⁷². Une autorité contractante sondée²⁷³ rejette en revanche spontanément la corrélation entre harmonisation des règles et simplification, faisant ainsi écho à certains interviewés²⁷⁴.

Harmonisation des seuils. 8 sondés²⁷⁵, sur les 39 associant spontanément harmonisation ou uniformisation et simplification du droit de la commande publique (soit 20,51 % des 39 sondés), établissent également un lien entre le rapprochement des différentes règles et la simplification, mais s'intéressent aux seuils. Il est ainsi question de l'harmonisation ou de l'uniformisation des « *seuils de passation* » ou « *de procédure* » en général²⁷⁶, entre les contrats selon la nature des prestations²⁷⁷, entre les différentes catégories d'autorités contractantes²⁷⁸, ou de l'alignement avec les seuils européens²⁷⁹.

Harmonisation ou uniformisation des outils. 7 autorités contractantes sondées, sur les 39 sondés associant spontanément harmonisation ou uniformisation et simplification du droit de la commande publique (soit 17,95 % des 39 sondés), mettent en exergue l'harmonisation ou l'uniformisation des outils. L'une de ces autorités contractantes évoque de manière générale la « *réalisation de documents uniques et synthétiques* », tandis que d'autres sont plus précises en faisant référence à la nécessité de créer un site unique pour les candidatures²⁸⁰, de « *disposer d'une base de données commune à l'ensemble des administrations quant aux capacités des soumissionnaires à répondre* », de créer un seul « *outil*

²⁷⁰ 2 AC, et 1 OE.

²⁷¹ 1 AC.

²⁷² 1 AC, et 1 OE.

Une autorité contractante définit la simplification du droit de la commande publique comme « [d]es règles harmonisées en termes de fournitures services travaux [...] Harmonisation par rapport à la Cao qui soit remise dans le code de la commande publique et non CGCT, une harmonisation entre ville et CCAS ».

Un opérateur économique évoque plusieurs objets d'harmonisation des règles : « [u]ne harmonisation des différents régimes juridiques applicables aux EA et aux PA, entre les procédures, entre les dispositions du Code et certaines doctrines officielles de Bercy, entre les dispositions nationales et les directives européennes ».

²⁷³ Non comptabilisée dans les 9 sondés, qui regroupent uniquement les sondés établissant un lien entre harmonisation des règles et simplification du droit de la commande publique.

²⁷⁴ Cf. *supra*, Partie 2, Section 1, §I.

²⁷⁵ 7 AC, et 1 OE.

²⁷⁶ 2 AC. 3 autres autorités contractantes évoquent simplement l'harmonisation ou l'uniformisation des seuils.

²⁷⁷ 1 AC.

²⁷⁸ Une autorité contractante estime qu'il s'agit d' « aligner les seuils de l'État sur ceux des collectivités (dès lors que ceux-ci seraient plus hauts) ».

²⁷⁹ 1 OE.

²⁸⁰ Cette autorité contractante indique également qu'il faudrait « unifier les supports de publication selon les types d'acheteurs ».

[...] *de facturation* » pour les acheteurs publics et privés²⁸¹, ou de créer une plateforme unique de dématérialisation s’agissant de la publicité et de la gestion des contrats (profil d’acheteur)²⁸².

Harmonisation des pratiques des autorités contractantes. 5 sondés²⁸³, sur les 39 associant spontanément harmonisation ou uniformisation et simplification du droit de la commande publique (soit 12,82 % des 39 sondés), estiment implicitement ou explicitement que la simplification repose sur l’harmonisation des pratiques des autorités contractantes. La plupart des réponses données par ces sondés n’inclut pas de précision sur les différences constatées ou les pratiques qui devraient être homogénéisées. L’un de ces sondés souligne simplement qu’il s’agit de « *donner plus de visibilité aux entreprises : 3 fonctions publiques, 3 manières de traiter les marchés, chacune dans son coin* »²⁸⁴.

Harmonisation formelle. 2 sondés, sur les 39 associant spontanément harmonisation ou uniformisation et simplification du droit de la commande publique (soit 5,13 % des 39 sondés), appellent à des changements moins significatifs et davantage formels : une « *[u]nification des textes* »²⁸⁵ ou une « *[h]omogénéisation des textes et des processus contractuels* »²⁸⁶.

Uniformisation. 10 sondés²⁸⁷, sur les 39 associant spontanément rapprochement des règles ou outils et simplification du droit de la commande publique (soit 25,64 % des 39 sondés), adoptent une approche plus radicale. La simplification implique, à leur sens, d’opérer une uniformisation des règles ou des procédures, ce qui suppose un degré de rapprochement plus élevé des règles que l’harmonisation. Sont ainsi évoquées l’uniformisation des règles sans autre précision²⁸⁸, l’uniformisation des « *différents régimes dans le code (seuils, modalités de*

²⁸¹ « *Uniformisation des outils de facturation (Chorus Pro v. libre pour les acheteurs privés mais problème pour les fournisseurs)* » (1 AC).

²⁸² « [...] la multiplication des profils d’acheteurs par catégorie juridique d’entités de l’État et des collectivités est source d’illisibilité et d’incohérence. En Belgique (pays fédéral), il existe une seule plateforme de publication et de gestion des contrats publics qui est proposée à toutes les entités fédérées, et à l’État fédéral, par exemple » (1 AC).

Selon une autre autorité contractante, « [...] un accès simplifié demande aussi une information plus claire sur les marchés lancés. Il existe autant de lieux de publicité des marchés que de pouvoirs adjudicateurs. La mise en place d’une plateforme unique aurait pu solutionner ce problème mais son absence de déploiement à la genèse de la dématérialisation rend les choses complexes. Chaque acheteur a paramétré l’ensemble de ses process internes autour de son outil de publicité, il semble difficile d’effectuer un retour en arrière. A minima une reprise des marchés publiés sur un unique lieu de consultation qui compilerait toutes les informations de l’ensemble des marchés lancés pourrait permettre aux entreprises de s’informer facilement ».

²⁸³ 4 AC, et 1 OE.

²⁸⁴ 1 AC.

²⁸⁵ 1 AC.

²⁸⁶ 1 OE.

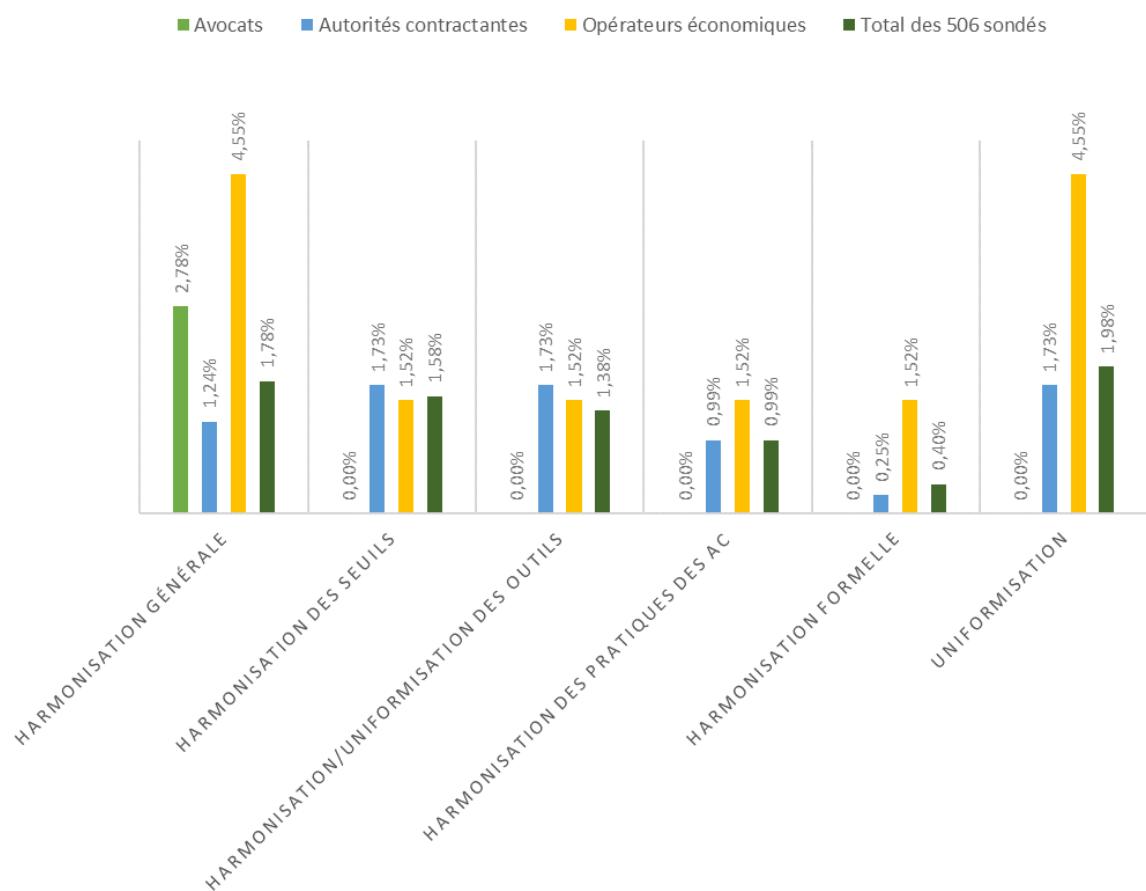
²⁸⁷ 7 AC, et 3 OE.

²⁸⁸ 2 AC, et 1 OE.

publicité obligatoires, ...) »²⁸⁹, « des règles plus uniformisées pour l'ensemble des acteurs »²⁹⁰, l'uniformisation des « règles dans les pays de l'UE »²⁹¹ ou des procédures²⁹², ou encore des règles applicables aux différentes catégories d'autorités contractantes – soit aux différents pouvoirs adjudicateurs²⁹³, soit aux pouvoirs adjudicateurs et aux entités adjudicatrices²⁹⁴.

Dissensions importantes entre les sondés. Il apparaît ainsi que les sondés émettent spontanément des avis mitigés quant au degré souhaité de réduction des différences entre certains outils ou règles, comme le révèle le récapitulatif sous forme de graphique ci-dessous (**Figure 2.19**).

Figure 2.19 : Récapitulatif des liens spontanément réalisés par certains sondés entre harmonisation ou uniformisation et simplification du droit de la commande publique



²⁸⁹ 1 AC.

²⁹⁰ 1 AC.

²⁹¹ 1 AC.

²⁹² 2 AC.

²⁹³ 1 OE.

²⁹⁴ 1 OE.

Les réponses à trois autres questions du sondage semblent en revanche s'inscrire contre l'association entre, d'une part, harmonisation, voire uniformisation, de certaines règles et, d'autre part, simplification du droit de la commande publique. Premièrement, les sondés étaient directement interrogés sur le fait de savoir si **l'harmonisation des règles entre les marchés publics et les concessions relève de la simplification du droit de la commande publique**. Sur les 608 sondés ayant fourni une réponse exploitable²⁹⁵, 471 répondent qu'une telle harmonisation **ne serait pas simplificatrice** (soit 77,47 %)²⁹⁶, et 137 estiment, à l'inverse, que cette harmonisation relève de la simplification du droit de la commande publique (soit 22,53 %)²⁹⁷.

Deuxièmement, les sondés étaient directement interrogés sur la corrélation entre simplification du droit de la commande publique d'une part, **et harmonisation des règles entre pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices d'autre part**. Sur les 608 sondés ayant fourni une réponse exploitable²⁹⁸, **seulement 213 estiment qu'une telle harmonisation relève de la simplification (soit 35,03 %)**²⁹⁹, alors que 395 affirment l'inverse (soit 64,97 %)³⁰⁰.

Troisièmement, **une question portait sur le fait que l'harmonisation des règles entre les différentes catégories de pouvoirs adjudicateurs (État, collectivités territoriales, autres pouvoirs adjudicateurs) relève ou non de la simplification du droit de la commande publique. Les réponses sont plus nuancées que pour les deux autres questions** : sur les 608 sondés ayant fourni une réponse exploitable³⁰¹, 291 répondent positivement (soit 47,86 %)³⁰² et 317 négativement (soit 52,14 %)³⁰³.

²⁹⁵ 479 AC, 48 AV, et 81 OE.

Les réponses non exploitables sont celles des sondés n'ayant coché aucune des deux possibilités proposées (« Oui » ou « Non ») – soit 28 AC, 9 AV, et 15 OE.

²⁹⁶ Dont 372 AC sur 479 AC ayant fourni une réponse exploitable (soit 77,66 %), 33 AV sur 48 AV ayant fourni une réponse exploitable (soit 68,75 %), et 66 OE sur 81 OE ayant fourni une réponse exploitable (soit 81,48 %).

²⁹⁷ Dont 107 AC sur 479 AC ayant fourni une réponse exploitable (soit 22,34 %), 15 AV sur 48 AV ayant fourni une réponse exploitable (soit 31,25 %), et 15 OE sur 81 OE ayant fourni une réponse exploitable (soit 18,52 %).

²⁹⁸ 479 AC, 48 AV, et 81 OE.

Les réponses non exploitables sont celles des sondés n'ayant coché aucune des deux possibilités proposées (« Oui » ou « Non ») – soit 28 AC, 9 AV, et 15 OE.

²⁹⁹ Dont 156 AC sur 479 AC ayant fourni une réponse exploitable (soit 32,57 %), 20 AV sur 48 AV ayant fourni une réponse exploitable (soit 41,67 %), et 37 OE sur 81 OE ayant fourni une réponse exploitable (soit 45,68 %).

³⁰⁰ Dont 323 AC sur 479 AC ayant fourni une réponse exploitable (soit 67,43 %), 28 AV sur 48 AV ayant fourni une réponse exploitable (soit 58,33 %), et 44 OE sur 81 OE ayant fourni une réponse exploitable (soit 54,32 %).

³⁰¹ 479 AC, 48 AV, et 81 OE.

Les réponses non exploitables sont celles des sondés n'ayant coché aucune des deux possibilités proposées (« Oui » ou « Non ») – soit 28 AC, 9 AV, et 15 OE.

³⁰² Dont 223 AC sur 479 AC ayant fourni une réponse exploitable (soit 46,56 %), 20 AV sur 48 AV ayant fourni une réponse exploitable (soit 41,67 %), et 48 OE sur 81 OE ayant fourni une réponse exploitable (soit 59,26 %).

³⁰³ Dont 256 AC sur 479 AC ayant fourni une réponse exploitable (soit 53,44 %), 28 AV sur 48 AV ayant fourni une réponse exploitable (soit 58,33 %), et 33 OE sur 81 OE ayant fourni une réponse exploitable (soit 40,74 %).

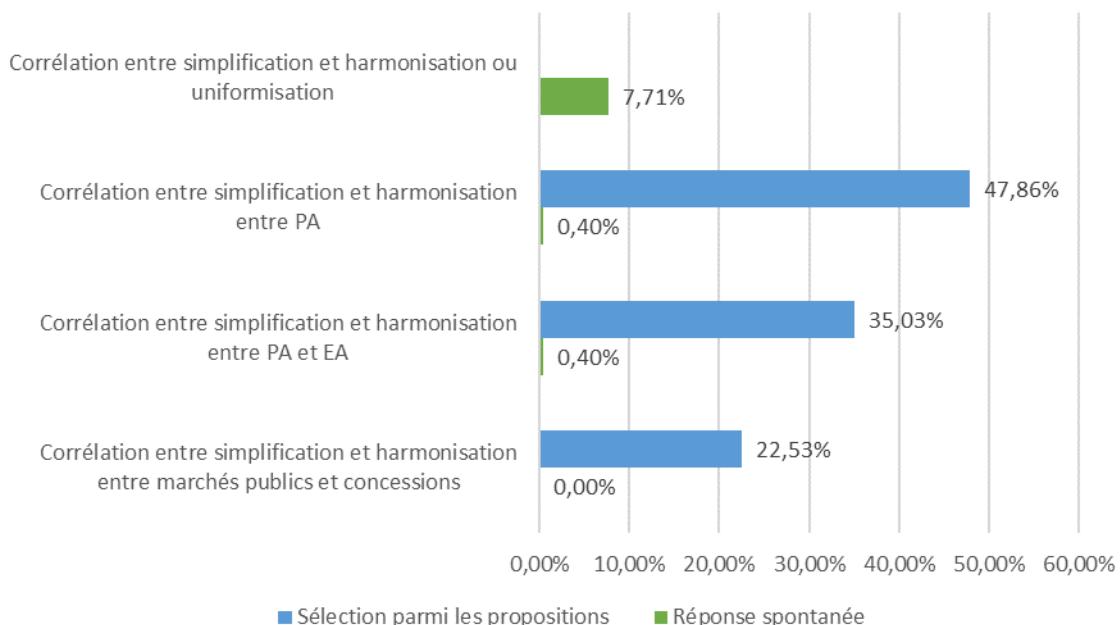
Le graphique ci-après procède à une comparaison sommaire entre les réponses spontanées et les réponses à ces trois questions dites fermées (**Figure 2.20**).

Figure 2.20 : Comparatif sommaire entre les réponses spontanées des sondés et leurs réponses aux questions fermées s'agissant des liens entre harmonisation/uniformisation et simplification du droit de la commande publique

Les pourcentages indiqués sont réalisés en prenant en compte un nombre total différent de sondés, selon qu'il s'agit de réponses spontanées (dans le cadre de la définition de la simplification) ou de réponses à des questions dites fermées.

Pour les réponses spontanées, le total pris en compte est celui des 506 sondés ayant donné leur définition de la simplification du droit de la commande publique.

Pour les réponses aux questions dites fermées, le total pris en compte est celui des 608 sondés ayant répondu aux trois questions sur le lien entre harmonisation, voire uniformisation, de certaines règles et simplification du droit de la commande publique (1) entre marchés publics et concessions, 2) entre pouvoirs adjudicateurs (PA) et entités adjudicatrices (EA), 3) entre différentes catégories de pouvoirs adjudicateurs (PA) (État, collectivités territoriales, autres pouvoirs adjudicateurs)).



5. La réduction du nombre de catégories de procédures ou de contrats

Données. 10 sondés³⁰⁴, sur les 506 ayant répondu à la question de la définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 1,98 % des sondés ayant fourni une définition), semblent inclure spontanément, au sein de cette définition, la réduction du nombre de procédures différentes de passation ou de catégories de contrats. Il apparaît

³⁰⁴ 7 AC sur 404 AC ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 1,73 %), 2 AV sur 36 AV ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 5,56 %), et 1 OE sur 66 OE ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 1,52 %).

préférable de traiter séparément les réponses appelant expressément à la réduction du nombre de types de procédures ou de contrats et les réponses davantage sujettes à interprétation, car semblant l'indiquer implicitement.

Réduction explicitement souhaitée. 6 sondés³⁰⁵ évoquent, avec plus ou moins de précision, la simplification qui pourrait être opérée par la réduction du nombre de procédures différentes de passation (pour 5 d'entre eux³⁰⁶) ou par la suppression d'une catégorie de contrats – à savoir, le « *marché public de droit privé, qui complexifie l'application du droit et génère une ambiguïté juridique dans la mise en œuvre* »³⁰⁷. Il est ainsi souligné qu'il s'agirait d'« *avoir moins de procédures de passation différentes* »³⁰⁸, « *de réduire le nombre de procédures* »³⁰⁹, de procéder à « *une diminution du nombre de normes (fusion de certains seuils, procédures...)* »³¹⁰, de réaliser une « *réduction du type de procédure[s]* »³¹¹, ou encore de « *synthétis[er] à deux procédures* »³¹² les modes de passation des marchés publics – sans préciser les deux procédures qui devraient être retenues.

Réduction implicitement souhaitée. 4 sondés³¹³ évoquent la réduction des procédures sans mentionner expressément le nombre de procédures, ce qui pourrait également être interprété comme renvoyant à l'allègement du formalisme (réduction des étapes et obligations des procédures de passation) – qui fait l'objet d'une étude séparée comme composante de la simplification au sein du présent rapport³¹⁴. Ces sondés évoquent ainsi le fait d'avoir « *[m]oins de procédures* »³¹⁵ ou de « *réduire les procédures* »³¹⁶.

6. L'assouplissement du recours à la négociation

Données. 22 autorités contractantes³¹⁷, sur les 506 sondés ayant répondu à la question de la définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 4,35 % des sondés ayant fourni une définition), associent spontanément l'assouplissement du

³⁰⁵ 4 AC, 1 AV, et 1 OE.

³⁰⁶ 3 AC, 1 AV, et 1 OE.

³⁰⁷ 1 AC.

³⁰⁸ 1 AC.

³⁰⁹ 1 AV.

³¹⁰ 1 AC.

³¹¹ 1 AC.

³¹² 1 OE.

³¹³ 3 AC, et 1 AV.

³¹⁴ Cf. *supra*, Partie 3, Section 1, §I., C., 1.

³¹⁵ 2 AC.

³¹⁶ 1 AC, et 1 AV.

³¹⁷ Sur 404 AC ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 5,45 %).

recours à la négociation à la simplification du droit de la commande publique. Ceci rejoint certains sondés précédemment cités liant la simplification à l'assouplissement normatif, dont l'assouplissement du recours à la négociation³¹⁸. Cet assouplissement peut prendre plusieurs formes : l'assouplissement en général du recours à la négociation sans autre précision, l'ouverture à la négociation dans certaines procédures ou pour certains marchés, ou la suppression des conditions de recours à la négociation pour que celle-ci soit systématiquement possible si les pouvoirs adjudicateurs le souhaitent.

Assouplissement général du recours à la négociation. 10 autorités contractantes évoquent de manière générale la nécessité d'introduire davantage de souplesse pour le recours à la négociation dans les procédures de passation. Ces sondés ne précisent toutefois pas s'il s'agit de permettre de mobiliser la procédure avec négociation dans tous les cas de figure (si le pouvoir adjudicateur le souhaite), et ne visent, contrairement à d'autres sondés, aucune procédure ou aucun marché en particulier pour lesquels la négociation devrait être possible.

Par exemple, un sondé critique la « *rigidité* » résultant du principe d'absence de négociation, tandis que d'autres appellent au « *recours à la négociation facilité et encadré* », au « *développement des procédures négociées* », à « *plus de négociation* », à l' « *ouverture des cas de passation des marchés négociés* », à « *permettre un plus large recours à la négociation avec les opérateurs économiques* », à « *des procédures plus souples avec plus de négociation* », ou encore évoquent simplement la « *[f]aculté de dialogue et négociation avec l'entreprise dans le respect des principes de la commande publique* ».

Assouplissement ciblé du recours à la négociation. 4 autorités contractantes sondées appellent à la création de la faculté de négociation pour certains marchés ou certaines procédures seulement, comme les marchés de travaux, les marchés avec un montant important (pour les motifs suivants : le « *seuil de 221 000 euros [est] trop bas* » ou « *afin de prendre en compte ne serait-ce que l'environnement et les enjeux sociétaux* »), ou encore ceux liés aux « *prestations intellectuelles* ».

Possibilité systématique de recours à la négociation pour les pouvoirs adjudicateurs. 8 autorités contractantes sondées indiquent que le fait de permettre de recourir à la procédure avec négociation à chaque fois que le pouvoir adjudicateur le souhaite serait

³¹⁸ Cf. *supra*, Partie 3, §I., B, 1.

simplificateur. Ainsi, plusieurs sondés évoquent le fait de permettre de la négociation dans les procédures d'appel d'offres³¹⁹, dans toutes les procédures³²⁰, ou, encore plus explicitement, de pouvoir mobiliser la procédure avec négociation sans condition³²¹.

7. L'assouplissement des procédures ou des techniques d'achat

Données. 56 sondés³²², sur les 506 sondés ayant répondu à la question de la définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 11,07 % des sondés ayant fourni une définition), associent spontanément l'assouplissement de certaines procédures ou techniques d'achat avec la simplification, ce qui n'est pas sans rappeler le souhait général (même hors procédure) de flexibilité accrue du droit de la commande publique pour davantage de simplification³²³. Il convient de souligner qu'en sus de ces 56 sondés, un opérateur économique appelle, à l'inverse, à davantage de rigidité sur un élément particulier – à savoir, un encadrement des « *procédures de modification des contrats publics dans des délais* ».

Assouplissement général imprécis. Les sondés emploient diverses terminologies et non exclusivement celle de l'assouplissement, en évoquant par exemple l'allègement, l'agilité ou la simplification des procédures. Comme pour d'autres composantes de la simplification, le degré de précision de l'assouplissement souhaité n'est pas systématiquement indiqué dans les réponses des sondés. Il est toutefois possible de noter que, de manière prévisible, les sondés semblent renvoyer aux procédures de passation, à l'exception de 3 sondés³²⁴. Pour la majorité des sondés, il est question d' « *alléger les procédures d'achat pour*

³¹⁹ 5 AC.

³²⁰ 2 AC.

³²¹ 1 AC.

³²² 46 AC sur 404 AC ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 11,39 %), 5 AV sur 36 AV ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 13,89 %), et 5 OE sur 66 OE ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 7,58 %).

³²³ Cf. *supra*, Partie 3, Section 1, §I., B., 1.

³²⁴ Une autorité contractante évoque la simplification des « *procédures contentieuses des entités privées soumises à la commande publique* » en s'interrogeant sur la compétence du juge administratif à cet égard, tandis qu'une autre autorité contractante et un avocat appellent à la simplification des CCAG.

les acheteurs »³²⁵, d’ « *assouplir les procédures* »³²⁶, de « *[s]implification des procédures de passation des marchés publics* »³²⁷, ou encore de critiques de la « *lourdeur des procédures* »³²⁸.

Assouplissement ciblé. Certains de ces 56 sondés sont légèrement plus précis, par exemple en appelant à la simplification des « *procédures de dépôt des pièces administratives* »³²⁹, à la « *simplification des documents* »³³⁰ de manière générale, au renforcement du *sourcing*³³¹ ou du dialogue de manière générale (potentiellement en aval du lancement de la procédure, à la différence du *sourcing*)³³², à « *l’assouplissement du régime du SAD* »³³³ (sans autre précision), ou encore à l’allègement « *des techniques d’achat les plus probantes en matière de développement durable* » (sans donner davantage d’informations). Il est également fait mention, par un sondé, de la « *simplification des règles de choix de procédures formalisées* » en plus de l’allotissement (sans préciser ce qui devrait être simplifié à cet égard, par exemple la dérogation au principe d’allotissement ou les modalités de mise en œuvre de l’allotissement)³³⁴. Un opérateur économique semble également favorable au développement de certaines procédures plus souples, en définissant la simplification du droit de la commande publique comme « [l]’apport de procédures allégées (MAPA, contrats permettant la négociation, marchés globaux en dérogation au principe d’allotissement par exemple) ». Certains sondés appellent à l’assouplissement ou à la simplification de certaines procédures en particulier, comme la procédure adaptée³³⁵ ou la procédure d’appel d’offres qui pourrait être « *fluidifi[ée]* »³³⁶. D’autres sondés évoquent spécifiquement les étapes des procédures (vraisemblablement de passation), en appelant à la réduction du nombre d’étapes³³⁷ ou à la simplification du « *choix des offres* »³³⁸.

³²⁵ 1 AC.

Les propos de 7 autres autorités contractantes et de 2 avocats vont dans le même sens.

³²⁶ 1 AC.

³²⁷ 1 AC.

Les propos de 12 autres autorités contractantes et de 3 opérateurs économiques sont similaires.

³²⁸ 1 AC.

Les propos d’une autre autorité contractante sont analogues.

³²⁹ 1 AC.

³³⁰ 1 AC.

³³¹ 1 AC.

³³² Une autorité contractante se rapproche du *sourcing* en affirmant que la simplification devrait inclure « *les possibilités d’interagir avec le marché/un portefeuille fournisseur...* » tandis qu’une autre autorité contractante évoque simplement le fait de « *simplifier le dialogue avec les candidats* ».

³³³ 1 AC.

³³⁴ 1 AV.

³³⁵ 3 AC.

³³⁶ 1 OE.

³³⁷ 3 AC.

³³⁸ 1 AV.

8. Les seuils

Données. 19 sondés³³⁹, sur les 506 sondés ayant répondu à la question de la définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 3,75 % des sondés ayant fourni une définition), évoquent spontanément les seuils (des procédures de passation principalement). Ces sondés ne s'accordent toutefois pas sur la nature du lien entre les seuils et la simplification du droit de la commande publique ni – le cas échéant – sur les modifications devant être apportées aux seuils pour procéder à la simplification.

Simplification imprécise des seuils. 4 autorités contractantes évoquent, sans autre information ou développement, que la simplification du droit de la commande publique implique la simplification des seuils³⁴⁰.

Rehaussement et harmonisation des seuils. De manière plus prévisible, 10 sondés³⁴¹ souhaitent, pour davantage de simplification, **un rehaussement des seuils ou leur harmonisation (ce qui peut conduire à augmenter certains d'entre eux)**. Il peut ainsi s'agir d'augmenter les seuils des procédures de passation de manière générale³⁴² en sus de ceux « *des avenants et marchés complémentaires* »³⁴³, de pérenniser le rehaussement des seuils³⁴⁴, d'« *aligner les seuils de 100 000 euros des travaux avec les fournitures et services* »³⁴⁵, ou même de créer « *un seuil unique sans distinction de procédure adaptée ou formalisée afin de permettre pour tout achat la mise en place d'une négociation sans devoir recourir à des recherches approfondies pour être dans tel ou tel cas dérogatoire permettant de s'extirper de la procédure formalisée* »³⁴⁶, ou encore de « *[m]odifier le seuil de publication des DE* [données

Il est possible de souligner qu'une autorité contractante évoque également la rigidité d'une étape qui ne s'applique qu'à certaines autorités contractantes et qui n'est pas issue directement du droit de la commande publique – à savoir, « *la centralisation ministérielle des validations des dossiers d'appels d'offres avant de pouvoir publier* ». 339 16 AC sur 404 AC ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 3,96 %), 1 AV sur 36 AV ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 2,78 %), et 2 OE sur 66 OE ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 3,03 %).

340 Parmi ces 4 autorités contractantes, l'une n'évoque pas expressément la *simplification* des seuils, mais semble adopter une approche similaire en demandant « *[d]es seuils publiés que l'on connaisse aisément ce que l'on recherche* ».

341 9 AC, et 1 AV.

342 5 AC.

343 1 AC.

344 1 AV.

345 1 AC.

346 1 AC.

essentielles] (25 000 euros) pour le faire coïncider avec celui de la dématérialisation obligatoire (40 000 euros) »³⁴⁷.

Dissociation entre rehaussement des seuils et simplification. À l'inverse, les 5 derniers sondés³⁴⁸ dissocient le rehaussement des seuils et la simplification du droit de la commande publique. 2 sondés semblent simplement indiquer que le rehaussement des seuils n'est pas le seul ou le meilleur outil de simplification³⁴⁹, tandis que les autres sondés excluent expressément de la simplification « la réduction du nombre de seuils »³⁵⁰, le « relèvement des seuils »³⁵¹, ou plaident même pour la suppression des seuils (pour la mise en œuvre des procédures formalisées *a priori*) au profit de la seule prise en compte du « type de marchés publics (objet) »³⁵².

D. Les outils de simplification du droit de la commande publique

Amélioration opérationnelle des outils de la commande publique. Une part des sondés a spontanément identifié différents outils qui pourraient être mobilisés pour simplifier le droit de la commande publique. S'agissant de la « naissance » des normes, les modalités de création et de rédaction des normes pourraient être améliorées (1.), tout comme certaines sources pourraient être mobilisées pour les normes de simplification (2.). Concernant en revanche l'accès matériel aux normes et, plus précisément, leur regroupement dans un *corpus*, les sondés ont une perception contrastée de l'effet simplificateur de la codification du droit de la commande publique (3.). Les sondés évoquent également des aspects encore plus pragmatiques de la simplification, en soulignant l'importance de renforcer l'accompagnement des acteurs de la commande publique (4.), ou en mettant en exergue les limites des outils actuels de la commande publique, qui gagneraient à être simplifiés (5.).

³⁴⁷ 1 AC.

³⁴⁸ 3 AC, et 2 OE.

³⁴⁹ Selon une autorité contractante, la simplification du droit de la commande publique implique un « [t]raitement des sujets de fond et non de forme, il n'est pas opportun de s'arrêter aux relèvements des seuils ».

Pour un opérateur économique, la simplification ne suppose « pas forcément [...] une augmentation des seuils ».

³⁵⁰ Tel est le cas d'une autorité contractante estimant que « cette réduction peut entraîner une réduction des marges pour l'acheteur ».

³⁵¹ 1 OE.

³⁵² Une autorité contractante définit la simplification du droit de la commande publique comme le fait d' « [a]ller sur le type de marchés publics (objet) et non de seuil en termes de mise en concurrence ».

1. Les modalités de création et de rédaction des normes

Données. 8 sondés³⁵³, sur les 506 ayant répondu à la question de la définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 1,58 % des sondés ayant fourni une définition), mettent en exergue les modalités de création ou de rédaction des normes.

Approche formelle. 5 sondés³⁵⁴ adoptent une approche principalement formelle s’agissant de la rédaction des normes, en appelant à la correction des coquilles³⁵⁵, à la limitation des renvois³⁵⁶ ou, concernant spécifiquement les directives européennes, à des « *textes plus courts* »³⁵⁷.

Approche substantielle. Les 3 autres sondés³⁵⁸ soulignent un aspect plus substantiel, ayant trait à la consultation des praticiens lors de la création des normes. Ils encouragent ainsi à « *[f]aire participer des “praticiens” du quotidien aux groupes qui écrivent les articles ... de façon à intégrer les modalités pratiques et concrètes d’application des dispositions* »³⁵⁹, ou – dans le même ordre d’idées – à « *laisser les praticiens [...] rédiger ou vérifier la rédaction des dispositions* »³⁶⁰.

2. Les sources des normes de simplification

Données. 3 sondés³⁶¹, sur les 506 ayant répondu à la question de la définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 0,59 % des sondés ayant fourni une définition), établissent spontanément un lien entre les sources qui devraient être mobilisées et la simplification du droit de la commande publique.

Difficultés d’interprétation des réponses incluant spontanément les sources. Une autorité contractante évoque les sources des normes européennes en estimant

³⁵³ 6 AC sur 404 AC ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 1,49 %), 1 AV sur 36 AV ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 2,78 %), et 1 OE sur 66 OE ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 1,52 %).

³⁵⁴ 3 AC, 1 AV, et 1 OE.

³⁵⁵ 1 AC.

³⁵⁶ 1 AC, 1 AV, et 1 OE.

³⁵⁷ 1 AC.

³⁵⁸ 3 AC.

³⁵⁹ 1 AC.

³⁶⁰ Il s’agit des propos d’une seule autorité contractante, mais une autre autorité contractante abonde dans le même sens en évoquant uniquement la rédaction des normes (et non leur vérification) par des praticiens.

³⁶¹ 2 AC sur 404 AC ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 0,5 %), et 1 OE sur 66 OE ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 1,52 %).

qu'il s'agirait de « [r]emplacer les Directives Marchés par des Règlements [européens] », tandis qu'une deuxième autorité contractante et un opérateur économique adoptent des positions opposées quant à la jurisprudence. La deuxième autorité contractante se déclare favorable à « moins de jurisprudence » sans autre explication, ce qui semble peu réalisable (puisque cela ne relève pas du législateur ou de l'exécutif, mais des acteurs de la commande publique qui saisissent le juge, sauf à supprimer certains recours ou à en restreindre juridiquement l'accès). L'opérateur économique suggère, pour sa part, « d'intégrer des principes jurisprudentiels » sans donner d'autres informations, pouvant révéler un souhait de renforcer l'intégration de la jurisprudence au sein du droit écrit ou du droit dit souple (comme les fiches et guides de la DAJ). Ainsi, force est de constater la rareté et le manque de convergence des réponses des sondés liant spontanément sources des normes et définition de la simplification du droit de la commande publique.

Exclusion majoritaire de la jurisprudence. Une autre question du sondage est liée à la même thématique et permet d'avoir un réel panorama des souhaits des praticiens quant aux sources souhaitées des normes de simplification du droit de la commande publique (voir **Figure 2.21**). Les sondés étaient en effet interrogés sur le(s) moyen(s) par le(s)quel(s) on devrait simplifier le droit de la commande publique. Ils pouvaient choisir une ou plusieurs réponse(s) parmi les trois suivantes : les lois et règlements, la jurisprudence, ou le droit « souple » (comme les fiches et guides de la DAJ ou les circulaires ministérielles). Sur les 608 sondés ayant répondu³⁶², 422 sondés³⁶³ ont sélectionné les lois et règlements (soit 69,41 %), seulement 153 sondés³⁶⁴ ont sélectionné la jurisprudence (soit 25,16 %), et 335 sondés³⁶⁵ ont sélectionné le droit « souple » (ex : fiche ou guide de la DAJ, circulaire ministérielle) (soit 55,1 %). La préférence va donc au droit écrit « dur » avec le droit « souple » en complément, et peu des praticiens sondés ayant répondu estiment que la jurisprudence est un outil adéquat de simplification du droit de la commande publique.

³⁶² 479 AC, 48 AV, et 81 OE.

En sus de ces 608 sondés, 52 sondés ont fourni des réponses non exploitables, c'est-à-dire qu'ils n'ont coché aucune des réponses proposées – 28 AC, 9 AV, et 15 OE. Leurs réponses ne sont donc pas comptabilisées.

³⁶³ 332 AC sur 479 AC ayant fourni une réponse exploitable (soit 69,31 %), 40 AV sur 48 AV ayant fourni une réponse exploitable (soit 83,33 %), et 50 OE sur 81 OE ayant fourni une réponse exploitable (soit 61,73 %).

³⁶⁴ 125 AC sur 479 AC ayant fourni une réponse exploitable (soit 26,1 %), 10 AV sur 48 AV ayant fourni une réponse exploitable (soit 20,83 %), et 18 OE sur 81 OE ayant fourni une réponse exploitable (soit 22,22 %).

³⁶⁵ 277 AC sur 479 AC ayant fourni une réponse exploitable (soit 57,83 %), 12 AV sur 48 AV ayant fourni une réponse exploitable (soit 25 %), et 46 OE sur 81 OE ayant fourni une réponse exploitable (soit 56,79 %).

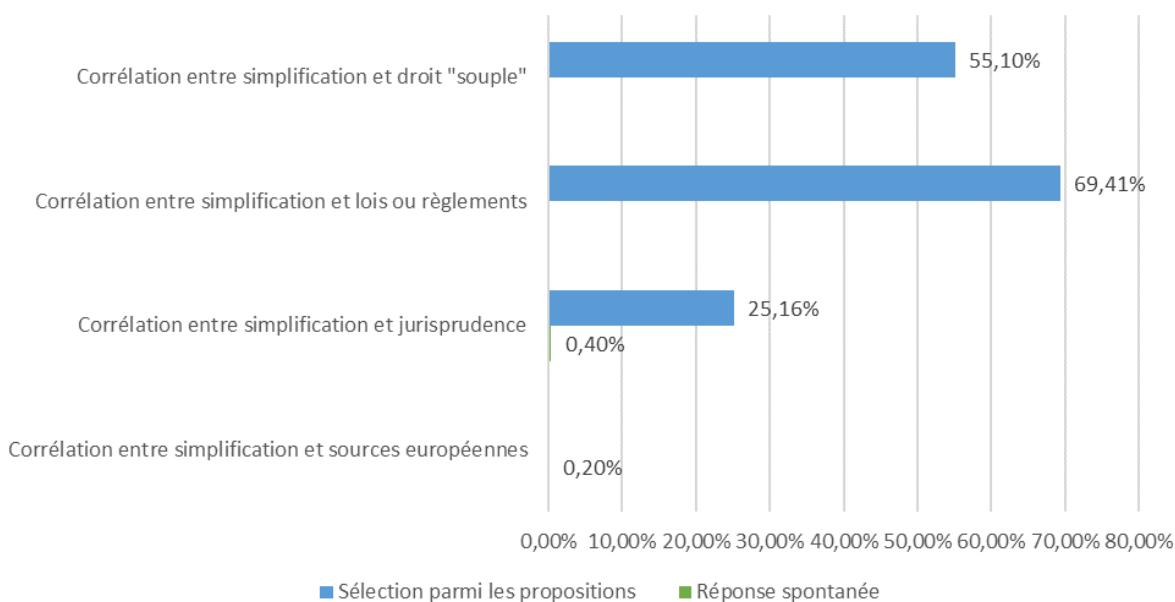
Figure 2.21 : Comparatif sommaire entre les réponses spontanées des sondés et leurs réponses à une question fermée s'agissant des liens entre sources des normes et simplification du droit de la commande publique

Les pourcentages indiqués sont réalisés en prenant en compte un nombre total différent de sondés, selon qu'il s'agit de réponses spontanées (dans le cadre de la définition de la simplification) ou de réponses à une question dite fermée.

Pour les réponses spontanées, le total pris en compte est celui des 506 sondés ayant donné leur définition de la simplification du droit de la commande publique.

Pour les réponses à la question dite fermée, le total pris en compte est celui des 608 sondés ayant sélectionné un ou plusieurs moyen(s) de simplification du droit de la commande publique parmi les trois choix suivants : les lois et règlements, la jurisprudence, ou le droit « souple » (comme les fiches et guides de la DAJ, ou les circulaires ministérielles). Il importe de souligner que les sondés pouvaient sélectionner plusieurs, voire l'intégralité de ces trois réponses, et sont ainsi, pour certains d'entre eux, comptabilisés plusieurs fois dans les éléments ci-dessous.

Par ailleurs, les réponses spontanées des sondés établissant un lien entre la simplification et la diminution ou l'intégration de la jurisprudence sont ci-dessous comptabilisées dans la catégorie corrélation entre simplification et jurisprudence.



3. La perception nuancée de la simplification par la codification

Données. 12 sondés³⁶⁶, sur les 506 ayant répondu à la question de la définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 2,37 % des sondés ayant fourni une définition), émettent spontanément un lien entre la codification et la simplification du droit de la commande publique. Leurs opinions sont toutefois divergentes à ce sujet, certains estimant que la codification est perfectible pour être réellement simplificatrice, tandis que d'autres mettent au contraire en exergue la simplification opérée par le Code de la commande publique.

³⁶⁶ 7 AC sur 404 AC ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 1,73 %), 1 AV sur 36 AV ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 2,78 %), et 4 OE sur 66 OE ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 6,06 %).

Perception positive de la codification. 3 autorités contractantes émettent spontanément un avis positif quant à la simplification opérée par ledit code, en indiquant que sa « *lisibilité [...] est plutôt bonne* », qu'il « *est très bien fait [car] il évolue en fonction de la situation économique nationale et européenne* », ou en le citant spontanément comme un exemple dans la définition de la simplification du droit de la commande publique³⁶⁷.

Perception mitigée de la codification. Les 9 autres sondés³⁶⁸ émettent en revanche des critiques quant à la codification ou proposent des améliorations pour renforcer la simplification par la codification. Une partie de ces 9 sondés se contente d'indiquer que la définition de la simplification du droit de la commande publique repose sur le fait de « *[s]implifier le Code de la commande publique* »³⁶⁹ ou de rendre le « *code plus facile à utiliser* »³⁷⁰. Les autres sondés, principalement des opérateurs économiques, fournissent davantage de précisions sur les améliorations qui pourraient être apportées au Code de la commande publique. Par exemple, le Code pourrait être amendé « *en optimisant les normes et en évitant de les superposer* »³⁷¹, « *en mettant en facteur commun tout ce qui est comparable dans les différentes procédures et catégories de marchés* »³⁷², en renforçant la codification « *en matière sociale et environnementale notamment* »³⁷³, en ayant « *un droit écrit allant au-delà [...] des modes de passation afin de lier la jurisprudence des tribunaux administratifs lesquels sont aujourd'hui les chambres d'enregistrement des intérêts de l'Administration* »³⁷⁴, en procédant à une réorganisation du Code « *afin de rassembler par thématiques les articles L. et les articles R.* »³⁷⁵, ou encore en « *[r]éuni[ssant] en un seul socle le CCAG-FCS et le Code de la commande publique pour une lecture fluide de la réglementation applicable* »³⁷⁶. Ceci rejoint les propos déjà mentionnés de certains sondés souhaitant une restructuration du code avec la création d'un index³⁷⁷, ou appelant de leurs vœux le fait que le Code « *ne soit plus un recueil de procédures* »³⁷⁸.

³⁶⁷ Une autorité contractante répond ainsi à la question de la définition du droit de la commande publique : « *[I]a dématérialisation de la procédure ; L'entrée en application du code de la commande publique ; Les procédures simplifiées [nous soulignons]* ».

³⁶⁸ 4 AC, 1 AV, et 4 OE.

³⁶⁹ 2 AC.

³⁷⁰ 1 AC.

³⁷¹ 1 AC.

³⁷² 1 AV.

³⁷³ 1 OE.

³⁷⁴ 1 OE.

³⁷⁵ 1 OE.

³⁷⁶ 1 OE.

³⁷⁷ Cf. *supra*, Partie 3, §I., B, 1.

³⁷⁸ Cf. *supra*, Partie 3, §I., B, 5.

4. Le renforcement de l'accompagnement des acteurs de la commande publique

Données. 13 sondés³⁷⁹, sur les 506 ayant répondu à la question de la définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 2,57 % des sondés ayant fourni une définition), incluent, au sein de la simplification, un meilleur accompagnement des acteurs de la commande publique. La corrélation spontanément réalisée par ces 13 sondés entre accompagnement des acteurs de la commande publique et simplification du droit éponyme peut être éclairée ou nuancée par d'autres questions du sondage (pour une comparaison et un résumé de l'ensemble de ces réponses : voir **Figure 2.22** à la fin de cette subdivision).

Propos généraux. 4 sondés³⁸⁰ tiennent des propos généraux sur l'accompagnement, la formation ou l'assistance de manière générale, dans le cadre de la définition qu'ils proposent de la simplification du droit de la commande publique. 2 d'entre eux³⁸¹ indiquent expressément que cet accompagnement devrait être destiné aux autorités contractantes ainsi qu'aux opérateurs économiques, tandis que le troisième – une autorité contractante – n'évoque, étonnamment, que les opérateurs économiques et que le dernier³⁸² indique simplement « *[f]ormation et accompagnement* », sans préciser les destinataires de ceux-ci.

Accompagnement précis. Les 9 autres sondés³⁸³ (incluant l'accompagnement dans la définition de la simplification) apportent davantage de précisions, qu'il s'agisse de la forme ou de l'objet d'accompagnement. La simplification par l'accompagnement pourrait ainsi porter, selon 2 sondés, sur « *la computation et [...] la définition du besoin des collectivités* »³⁸⁴ ou sur « *le contrôle de l'exécution des marchés publics* »³⁸⁵. Pour d'autres sondés, l'accompagnement pourrait être mis en œuvre par des outils individualisés – comme des « *programmes d'échanges entre les acheteurs et les opérateurs économiques (rencontres au sein des CCI par exemple)* »³⁸⁶, la « *[c]réation d'un BOT intelligent permettant d'accompagner l'utilisateur* »

³⁷⁹ 11 AC sur 404 AC ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 2,72 %), et 2 OE sur 66 OE ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 3,03 %).

³⁸⁰ 3 AC, et 1 OE.

³⁸¹ 1 AC, et 1 OE.

³⁸² 1 AC.

³⁸³ 8 AC, et 1 OE.

³⁸⁴ 1 AC.

³⁸⁵ 1 AC.

³⁸⁶ 1 AC.

opérationnel sur la base de textes simplifiés »³⁸⁷ –, ou des outils plus généraux via le renforcement des conseils et diverses formes de « modes d’emploi »³⁸⁸.

Mobilisation insuffisante de la CIJAP. Deux questions, exclusivement destinées aux autorités contractantes, portaient sur un outil d’accompagnement des acheteurs publics déjà existant : la CIJAP (Cellule d’information juridique des acheteurs publics, basée à Lyon). À la question de savoir si elles connaissent l’existence de la CIJAP, 247 autorités contractantes répondent positivement (soit 53,81 % des 459 autorités contractantes ayant fourni une réponse), et 212 négativement (soit 46,19 %). Les autorités contractantes ayant connaissance de son existence (et ayant ainsi répondu positivement à la première question) devaient ensuite indiquer si elles avaient déjà sollicité la CIJAP. Sur les 244 autorités contractantes ayant répondu à cette deuxième question³⁸⁹, 184 indiquent avoir déjà eu recours à la CIJAP (soit 75,41 %), et 60 seulement affirment ne l’avoir jamais mobilisée (soit 24,59 %). Une déduction semble s’imposer s’agissant de la première question : il apparaît que la communication et la « publicité » s’agissant de l’existence de la CIJAP sont insuffisantes, puisque presque la moitié des autorités contractantes sondées n’a pas connaissance de son existence. L’interprétation des réponses à la seconde question, révélant que presque un quart des autorités contractantes connaissant l’existence de la CIJAP ne mobilise pas cette institution, est en revanche plus incertaine. Les raisons de l’absence de recours à la CIJAP peuvent être multiples, comme le manque de temps pour solliciter la CIJAP ou des doutes quant à l’opposabilité des réponses de la CIJAP. Le sondage ne comprenant pas de question sur les raisons du non-recours à la CIJAP, aucune conclusion ne peut être tirée avec certitude de ces réponses.

Utilisation généralisée des outils de la DAJ. Une autre question portait également sur les outils actuels d’accompagnement, mais était cette fois destinée à l’ensemble des acteurs de la commande publique (et non réservée aux autorités contractantes comme les

³⁸⁷ 1 AC.

³⁸⁸ Les réponses des sondés indiquent qu’il pourrait s’agir d’« une bibliothèque fournie pour accompagner les acheteurs (guides, bonnes pratiques, FAQ...) » (1 AC), de la « multiplication des données, des guides, des clauses, etc. » (1 AC), d’un « document Excel d’aide au calcul des pourcentages d’augmentation guidant pas à pas les acheteurs dans leurs calculs pour les avenants » en sus d’ « indices pour les différentes et principales catégories d’achat » dans le cadre de la révision de prix (1 AC), d’un nouveau « Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics » (1 AC), ou encore d’une amélioration de l’accompagnement des opérateurs économiques spontanément réalisé par certaines autorités contractantes – « [n]ous trouvons de plus en plus de cadre de mémoire technique imposé, ce qui est une bonne chose pour nous guider dans la rédaction, et de répondre de façon exacte aux attentes des acheteurs, par contre, il serait bien que ce document soit correctement paramétré : Cadre sur Excel, interlignes non supprimés (sur un nombre de pages imposé), paramétrages des tableaux pas simples à manipuler... = perte de temps sur la mise en page » (1 OE).

³⁸⁹ Cela signifie que 3 autorités contractantes ont répondu positivement à la première question et savent ainsi que la CIJAP existe, mais ont choisi de ne pas répondre à la deuxième question.

précédentes portant sur la CIJAP). 576 sondés³⁹⁰ ont ainsi répondu à la question de savoir s'ils utilisent ou non les **fiches et guides de la DAJ**. Une très forte majorité répond positivement – 538 sondés³⁹¹ (soit 93,4 % des sondés ayant répondu à cette question) – seulement 38 sondés³⁹² affirmant ne pas utiliser ces outils (soit 6,6 % des sondés ayant répondu à cette question).

Diversité des éventuels nouveaux outils d'accompagnement souhaités.

En complément, une question plus prospective portait sur les nouveaux outils d'accompagnement qui devraient être proposés par la DAJ selon les sondés. Ces derniers pouvaient sélectionner une, plusieurs ou l'intégralité des trois réponses proposées – à savoir, un plus grand nombre de webinaires, un plus grand nombre de fiches et de guides, et un outil d'intelligence artificielle pour répondre aux questions.

Sur les 608 sondés ayant répondu³⁹³, 234 ont sélectionné un plus grand nombre de webinaires³⁹⁴ (soit 38,49 %), 374 ont sélectionné un plus grand nombre de fiches et guides³⁹⁵ (soit 61,51 %), et 296 ont sélectionné un outil d'intelligence artificielle pour répondre aux questions³⁹⁶ (soit 48,68 %). Les sondés pouvaient également fournir une réponse dite libre, et ainsi indiquer un outil non proposé dans cette question du sondage. Les 82 réponses libres et exploitables des sondés³⁹⁷ sont très diversifiées, mais peuvent être regroupées par catégories d'outils ou caractéristiques des outils mises en exergue. Une précision méthodologique doit être apportée à ce stade : l'analyse des réponses libres des sondés sur les outils supplémentaires d'accompagnement de la DAJ nécessitait un regroupement par idées générales et mots-clefs afin d'en dresser, non sans une part de subjectivité, une typologie.

³⁹⁰ 460 AC, 43 AV, et 73 OE.

³⁹¹ 440 AC (soit 95,65 % des AC ayant répondu à cette question), 38 AV (soit 88,37 % des AV ayant répondu à cette question), et 60 OE (soit 82,19 % des OE ayant répondu à cette question).

³⁹² 20 AC (soit 4,35 % des AC ayant répondu à cette question), 5 AV (soit 11,63 % des AV ayant répondu à cette question), et 13 OE (soit 17,81 % des OE ayant répondu à cette question).

³⁹³ 479 AC, 48 AV, et 81 OE.

Certains sondés n'ont sélectionné aucune des trois propositions et n'ont donc pas fourni de réponse exploitable. Ils ne sont donc pas comptabilisés.

³⁹⁴ 210 AC sur 479 AC ayant fourni une réponse exploitable (soit 43,84 %), 6 AV sur 48 AV ayant fourni une réponse exploitable (soit 12,5 %), et 18 OE sur 81 OE ayant fourni une réponse exploitable (soit 22,22 %).

³⁹⁵ 294 AC sur 479 AC ayant fourni une réponse exploitable (soit 61,38 %), 28 AV sur 48 AV ayant fourni une réponse exploitable (soit 58,33 %), et 52 OE sur 81 OE ayant fourni une réponse exploitable (soit 64,2 %).

³⁹⁶ 247 AC sur 479 AC ayant fourni une réponse exploitable (soit 51,57 %), 15 AV sur 48 AV ayant fourni une réponse exploitable (soit 31,25 %), et 34 OE sur 81 OE ayant fourni une réponse exploitable (soit 41,98 %).

³⁹⁷ Il y a 5 autres réponses non comptabilisées car inexploitables. Deux sont incomplètes : « *des* » (1 AV), et « *base juridique* » (1 AV). Les autres ne relèvent pas d'une action de la DAJ, ce qui les place hors-sujet pour la question : « *[I]la publication systématique des avis du Conseil d'État portant sur la commande publique* » (1 AC), « *Légifrance* » (1 OE), « *Moniteurjuris, weka, achatpublic.com...* » (1 AC).

Il importe de souligner d'emblée que 4 sondés³⁹⁸ sur 82 (soit 4,88 %) indiquent ne souhaiter aucun outil supplémentaire d'accompagnement de la DAJ, ce qui pourrait indiquer que les outils actuels sont suffisants ou que les seuls outils supplémentaires souhaités sont ceux proposés dans la première partie de la question (webinaires, fiches et guides, outil d'intelligence artificielle).

Presque la moitié des sondés – 36 sondés³⁹⁹ sur 82 (soit 43,9 %) – évoquent des outils reposant sur des conseils généraux ou des formes de modes d'emploi, en particulier les fiches et guides de la DAJ⁴⁰⁰. Les sondés n'évoquent pas nécessairement la création de nouvelles fiches ou de nouveaux guides⁴⁰¹, mais estiment, pour une part significative d'entre eux⁴⁰², que **leur actualisation plus régulière serait nécessaire⁴⁰³, qu'elles pourraient être clarifiées ou allégées⁴⁰⁴, ou qu'elles devraient comporter des aspects plus concrets⁴⁰⁵**. Il est également fait mention d'autres outils pouvant être considérés comme des ressources de conseils généraux ou de modes d'emploi, à l'image des webinaires (ourtant déjà proposés dans la partie « fermée » de la même question où les sondés pouvaient sélectionner un ou plusieurs outils d'accompagnement)⁴⁰⁶, des formations⁴⁰⁷, d'une FAQ⁴⁰⁸, de doctrines communes à la DAJ et à la DGFIP⁴⁰⁹, ou de la création d'un site sur le modèle suisse du guide Romand des marchés publics⁴¹⁰.

³⁹⁸ 1 AC, 1 AV, et 2 OE.

³⁹⁹ 30 AC, 3 AV, et 3 OE.

⁴⁰⁰ Il est toutefois à noter que les sondés n'emploient pas eux-mêmes les termes de conseils généraux ou de modes d'emploi.

⁴⁰¹ Il existe néanmoins des exceptions, comme la demande de création de « *guides sur la passation des marchés de moins de 40 000 euros par exemple* » (1 AC).

⁴⁰² 26 sondés – 22 AC, 2 AV, et 2 OE.

⁴⁰³ 12 AC, 2 AV, et 2 OE – soit 16 sondés.

Tel est également le cas d'un 17^{ème} sondé (1 AC), qui évoque en revanche « *des tableaux synthétiques à jour* » plutôt que la mise à jour des fiches et guides.

⁴⁰⁴ 3 AC.

S'ajoutent les propos d'une quatrième autorité contractante : « *[I]l eformat historique de fiches pourrait sans doute évoluer vers une forme de "wiki" interrogeable au niveau sémantique, sans doute via de l'IA* ».

⁴⁰⁵ 4 AC.

Une cinquième autorité contractante semble par ailleurs évoquer l'aspect trop théorique ou la prudence excessive de la DAJ dans ses fiches : « *[d]es fiches qui n'oublient pas de mettre des fondements juridiques et qui évitent (par méconnaissance de l'application des marchés) de proposer des solutions de type "ceinture+bretelles" (n'est-ce pas la DAJ...)* ».

⁴⁰⁶ 1 AC.

⁴⁰⁷ 2 AC, et 1 OE.

Dans le même ordre d'idées, un avocat évoque la « *professionnalisation du métier des marchés publics* ».

⁴⁰⁸ 1 AC.

⁴⁰⁹ 1 AC.

Ce sondé développe en indiquant que l'idée poursuivie est « *que les positions parfois tenues par la DGFIP soient conformes au droit de la commande publique et/ou que les règles juridiques présentent leur déclinaison sur la phase exécution budgétaire et comptable des contrats* ».

⁴¹⁰ 2 AC.

La deuxième catégorie d'outils ayant reçu le plus grand nombre de réponses des 82 sondés est le pendant inverse – à savoir, **l'accompagnement personnalisé**⁴¹¹. Les 9 sondés⁴¹² (sur 82, soit 10,98 %) évoquent diverses possibilités pour cet accompagnement personnalisé : une « *hotline* »⁴¹³, différentes plateformes d'échanges sur des questions précises (un forum, un tchat ou une plateforme avec des experts pour répondre aux questions)⁴¹⁴, un « *SAV Commande publique* »⁴¹⁵, ou la possibilité d'avoir des réponses d'un conseil juridique (sans indiquer si ceci devrait prendre la forme d'un tchat par exemple)⁴¹⁶. Un opérateur économique parmi ces 9 sondés donne une réponse très générale qui peut être incluse dans cette catégorie, bien que ce sondé donne très peu de précisions : « *[u]n accompagnement des acheteurs (qui méconnaissent les prescriptions de la DAJ)* ».

Dans la continuité de l'accompagnement personnalisé, 7 sondés⁴¹⁷ (sur 82, soit 8,54 %) souhaiteraient non pas un outil spécifique, mais que les réponses données dans le cadre de l'accompagnement actuel personnalisé puissent être officielles, engager l'administration. Si certains évoquent simplement la nature officielle ou non des réponses⁴¹⁸, d'autres mentionnent un écrit⁴¹⁹, la publication des réponses⁴²⁰, ou même l'instauration du rescrit⁴²¹.

5 autres sondés⁴²² (sur 82, soit 6,1 %) privilégient en revanche l'augmentation des outils standardisés, prêts à l'emploi. Sont ainsi évoqués les « *clausiers* » et clauses types⁴²³ ou, de manière plus générale, un « *outil type* »⁴²⁴ et « *des exemples types téléchargeables et adaptables* »⁴²⁵, ainsi que des formulaires qui existent déjà (« *[f]ormulaire DC1, Ouv4, etc...* »⁴²⁶) sans préciser si ces formulaires devraient être modifiés et, le cas échéant, l'objet des modifications souhaitées.

⁴¹¹ À l'instar de l'accompagnement général via des conseils généraux ou des modes d'emploi, les sondés n'emploient pas les termes d'accompagnement personnalisé.

⁴¹² 7 AC, et 2 OE.

⁴¹³ 1 AC.

⁴¹⁴ 4 AC, et 1 OE.

⁴¹⁵ 1 AC.

⁴¹⁶ 1 AC.

⁴¹⁷ 6 AC, et 1 AV.

⁴¹⁸ 2 AC.

⁴¹⁹ 3 AC.

⁴²⁰ 1 AC.

⁴²¹ 1 AV.

⁴²² 5 AC.

⁴²³ 2 AC.

⁴²⁴ 1 AC.

⁴²⁵ 1 AC.

⁴²⁶ 1 AC.

4 sondés⁴²⁷ (sur 82, soit 4,88 %) n'évoquent pas d'outils spécifiques, mais plaignent pour un accès facilité ou élargi aux outils d'accompagnement. L'un évoque ainsi la nécessité d' « *un accès plus rapide à la DAJ* »⁴²⁸, 2 autres un accès libre en ligne⁴²⁹, et le dernier souhaite un accès pour les « *acteurs économiques* »⁴³⁰ (sans autre précision).

Faisant écho à l'accompagnement personnalisé sous la forme de forum ou de tchat, 2 autorités contractantes sondées (sur 82 sondés, soit 2,44 %) proposent la création d'instances d'échanges ou de partages susceptibles de prendre d'autres formes qu'une plateforme en ligne et n'impliquant pas nécessairement (ou uniquement) les membres de la DAJ. En ce sens, l'un des sondés répond uniquement que l'outil souhaité consisterait à « *échanger sur l'exécution des marchés* » (sans préciser la forme de ces échanges ou les participants aux échanges), tandis que le second sondé évoque plus précisément « *[d]es instances de partage où les acheteurs publics pourraient faire part de leurs pratiques* ».

Deux autres catégories d'outils reposent en revanche sur l'accès à certaines informations juridiques ou à leur analyse. 2 autorités contractantes sondées (sur 82 sondés, soit 2,44 %) souhaiteraient le regroupement soit de la jurisprudence via une intelligence artificielle, soit de « *DCE qualifié[s] pour benchmark* ». En complément, 2 sondés⁴³¹ (sur 82, soit 2,44 %) appellent à une forme de veille juridique, soit via « *[u]ne revue de jurisprudence commentée provenant de source fiable et en accès libre* »⁴³², soit via une *newsletter*⁴³³.

Enfin, 11 sondés⁴³⁴ (sur 82, soit 13,41 %) n'évoquent pas réellement d'outils d'accompagnement, mais plutôt des changements généraux d'approche de la DAJ ou des conditions à la création éventuelle d'outils. Leurs réponses ne peuvent donc être intégrées aux catégories d'outils déjà mentionnées. Il en est ainsi du souhait, à l'égard de la DAJ, d'une « *clarification de [la] ligne éditoriale et [d']une véritable vision achat et non seulement juridique* »⁴³⁵, de prises de position plus risquées⁴³⁶, d'outils plus adaptés à la pratique de

⁴²⁷ 3 AC, et 1 OE.

⁴²⁸ 1 AC.

⁴²⁹ 2 AC.

⁴³⁰ 1 OE.

⁴³¹ 1 AC et 1 OE.

⁴³² 1 OE.

⁴³³ 1 AC.

⁴³⁴ 6 AC, 1 AV, et 4 OE.

⁴³⁵ 1 OE.

⁴³⁶ 2 AC. L'une de ces autorités contractantes développe sa réponse en indiquant que « *[d]ans son positionnement actuel, la DAJ ne peut exprimer que des positions conservatrices, pire même tenir ces positions conservatrices comme devant être la norme. Aborder les difficultés de la commande publique pourrait lui permettre de faire des pas de coté, en proposant des lignes moins conventionnelles, même si celles-ci nécessiteront plus d'attention* ».

manière générale⁴³⁷, d'aide pour le calcul de certains montants ou pourcentages s'agissant de la révision des prix et avenants⁴³⁸, de la création d' « *un seul et unique référentiel* »⁴³⁹ sans autre précision, de la « *[d]iffusion d'informations claires par tout moyen* »⁴⁴⁰, ou encore – relevant cette fois du droit positif plutôt que d'un réel outil d'accompagnement – « *des décrets clairs et exhaustifs* »⁴⁴¹. 2 de ces 11 sondés décrivent plutôt des *guidelines* ou des avertissements s'agissant de nouveaux outils. Pour un avocat, un nouvel outil d'accompagnement n'est souhaitable qu' « *[à] condition qu'il soit adossé à des bases juridiques solides, actualisées, et qu'il ne se substitue pas à l'analyse contextuelle du praticien* ». Selon un opérateur économique, il s'agit de faire « *[a]ttention à l'intelligence artificielle dont les résultats varient en fonction des compétences de l'utilisateur pour utiliser cet outil (ça reste un outil)* ».

Figure 2.22 : Comparatif sommaire entre les réponses spontanées des sondés et leurs réponses à une question fermée s'agissant des liens entre accompagnement des acteurs et simplification du droit de la commande publique

Les pourcentages indiqués sont réalisés en prenant en compte un nombre total différent de sondés, selon qu'il s'agit de réponses spontanées (dans le cadre de la définition de la simplification), de réponses libres ou de réponses à des questions dites fermées.

Pour les réponses spontanées, le total pris en compte est d'abord celui des 506 sondés ayant donné leur définition de la simplification du droit de la commande publique.

Pour les réponses aux questions dites fermées, le total pris en compte varie. Deux questions portaient sur la CIJAP, qui est exclusivement destinée aux autorités contractantes. Le total pris en compte concernant la connaissance de l'existence de la CIJAP est de 459 autorités contractantes ayant répondu. Le total pris en compte concernant la sollicitation de la CIJAP repose sur les 244 autorités contractantes ayant répondu à cette deuxième question. Ensuite, le total pris en compte concernant l'utilisation des outils actuels de la DAJ est de 576 sondés ayant répondu à cette question. Enfin, le total pris en compte pour d'éventuels nouveaux outils d'accompagnement qui devraient être proposés par la DAJ est celui des 608 sondés ayant sélectionné un, plusieurs ou l'intégralité des outils parmi les trois choix suivants : un plus grand nombre de webinaires, un plus grand nombre de fiches et guides, ou un outil d'intelligence artificielle pour répondre aux questions. Il importe de souligner que les sondés pouvaient sélectionner plusieurs, voire l'intégralité de ces trois réponses, et sont ainsi, pour certains d'entre eux, comptabilisés plusieurs fois dans les éléments ci-dessous.

Une troisième catégorie de réponses est ici nécessaire : celle des réponses libres. En complément des outils d'accompagnement proposés ci-dessus, les sondés pouvaient indiquer un outil d'accompagnement supplémentaire de la DAJ qu'ils souhaiteraient. Pour ces réponses libres, le total pris en compte est de 82 sondés ayant fourni une réponse libre exploitabile.

	Réponses spontanées	Réponses favorables parmi les propositions	Réponses libres
Corrélation entre simplification et accompagnement général	0,79 %		
Corrélation entre simplification et accompagnement précis		1,78 %	
Connaissance de l'existence de la CIJAP			53,81 %
Mobilisation de la CIJAP			75,41 %

⁴³⁷ 2 AC.

⁴³⁸ 1 AC.

⁴³⁹ 1 OE.

⁴⁴⁰ 1 AC.

⁴⁴¹ 1 OE.

Utilisation des outils actuels de la DAJ	93,4 %
Aucun nouvel outil souhaité	4,88 %
Webinaires supplémentaires	38,49 %
Fiches et guides supplémentaires	61,51 %
IA	48,68 %
Conseils généraux/modes d'emploi	43,9 %
Accompagnement personnalisé	10,98 %
Réponses officielles	8,54 %
Outils standardisés	6,1 %
Accès facilité/élargi aux outils	4,88 %
Instances d'échanges ou de partages	2,44 %
Regroupement d'informations/veille juridique	4,88 %
Changement d'approche de la DAJ ou conditions à de nouveaux outils	13,41 %

5. La simplification des outils de la commande publique

Données. 11 sondés⁴⁴², sur les 506 sondés ayant répondu à la question de la définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 2,17 % des sondés ayant fourni une définition), évoquent spontanément divers outils (de publicité, de facturation, de digitalisation de manière générale, etc.) dans le cadre de la simplification du droit de la commande publique. Parmi ces 11 sondés, un avocat⁴⁴³ relativise toutefois le rôle des outils dans le cadre de la simplification, et une autorité contractante se contente d'inclure spontanément la numérisation au sein de la simplification du droit de la commande publique, sans donner de précision. Les autres sondés émettent des critiques quant aux outils existants ou mettent en exergue les outils qui devraient être créés, ce qui n'est pas sans rappeler le souhait d'harmonisation ou d'uniformisation des outils émis par certains sondés⁴⁴⁴.

Simplification des outils existants. 4 autorités contractantes mettent en cause l'efficacité ou la facilité d'utilisation des outils actuels (logiciels, plateformes), et appellent ainsi à leur modification, à leur simplification. Leurs propos sont soit généraux et ainsi susceptibles de porter sur l'ensemble des outils⁴⁴⁵, ou légèrement plus précis en évoquant la

⁴⁴² 10 AC sur 404 AC ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 2,48 %), et 1 AV sur 36 AV ayant fourni une définition de la simplification du droit de la commande publique (soit 2,78 %).

⁴⁴³ « *La simplification du droit de la commande publique ne consiste pas à empiler des outils ou à rendre les procédures simplement plus "lisibles" : elle suppose avant tout une clarification des normes, une hiérarchisation des objectifs assignés à l'achat public, et une stabilité du cadre juridique. Certains outils de simplification peuvent jouer un rôle d'appui pour des publics non spécialistes, notamment en phase de sensibilisation ou d'acculturation* » (1 AV).

⁴⁴⁴ Cf. *supra*, Partie 3, §I., C., 4.

⁴⁴⁵ 1 AC.

publication⁴⁴⁶, le « *profil acheteurs, [les] supports de publicité, [les] logiciels de rédaction* »⁴⁴⁷, ou encore « *les contrôles de légalité, [et les] échanges avec les candidats* »⁴⁴⁸.

Éventuels nouveaux outils. Dans la continuité des critiques adressées aux outils existants, 5 autorités contractantes regrettent l'absence de certains outils ou identifient les caractéristiques dont les éventuels nouveaux outils devraient être dotés. Ainsi, une autorité contractante appelle à la création d'« *une seule plateforme et une communication plus facile entre acheteurs* » et une autre à l'invention d'« *outils pour permettre aux acheteurs de consigner les documents des entreprises pour une réelle mise en place du dites-le-nous une fois* », en plus « *d'un moyen de vérifier automatiquement la validité des certificats et relancer les entreprises au moment des échéances* ». Les 3 autres autorités contractantes évoquent simplement la nécessité de nouveaux outils (sans préciser lesquels), sous réserve qu'ils soient performants ou « *ergonomiques et intuitifs* ».

Afin d'atteindre son objectif – proposer une définition empirique de la simplification du droit de la commande publique – l'enquête quantitative ne pouvait faire l'économie des facteurs de complexité qui peuvent contrarier cette entreprise.

§II. Les facteurs de complexité du droit de la commande publique identifiés par les sondés

Modalités de l'enquête. L'enquête quantitative relative aux facteurs de complexité du droit de la commande publique s'est déroulée en trois étapes. **Dans un premier temps, les sondés étaient invités à identifier spontanément un ou plusieurs facteurs dans leurs commentaires, sans aucune proposition. Ils sont 433 enquêtés à s'être prêtés au jeu**⁴⁴⁹. **Dans un deuxième temps, les sondés devaient choisir parmi une sélection de facteurs de complexité, présentée sous forme d'un questionnaire à choix multiples. Ils sont 561 à avoir coché une ou plusieurs réponses parmi les suivantes** : le formalisme exigé par les textes, le formalisme exigé en pratique, l'inflation normative, l'existence de plusieurs niveaux normatifs,

⁴⁴⁶ 1 AC.

⁴⁴⁷ 1 AC.

⁴⁴⁸ 1 AC.

⁴⁴⁹ Plusieurs réponses non exploitables ont été fournies par les enquêtés à ce stade de l'enquête. À titre d'exemples, « *R* » (1 AC), « *T* » (1 AV), « *toute la matinée est complexe* » (1 AC), « *le droit de la commande publique* » (1 AC).

la surtransposition des directives européennes, la multiplication des objectifs assignés à la commande publique, la multiplicité des procédures de passation et/ou la jurisprudence. Dans un troisième temps, les sondés pouvaient répondre par « *oui* » ou par « *non* » à la question suivante : « *identifiez-vous des contradictions entre le code de la commande publique et d'autres textes ?* » avant de formuler, s'ils le souhaitaient, des précisions dans leurs commentaires. Ils sont 286 à avoir répondu à cette partie du sondage.

Pour restituer les résultats obtenus de manière dynamique, il semblait pertinent d'analyser conjointement les facteurs de complexité « *croisés* », c'est-à-dire ceux identifiés à la fois dans les réponses au questionnaire à choix multiples et dans les commentaires des sondés (A.), avant d'accorder une attention particulière aux facteurs de complexité mentionnés exclusivement dans les commentaires (B.).

A. Les facteurs « *croisés* »

Méthode d'analyse. Les réponses au questionnaire à choix multiples ont été comptabilisées et rapportées au nombre total de réponses⁴⁵⁰, ainsi qu'à la totalité des sondés⁴⁵¹. La première opération permet de comparer les facteurs de complexité du droit de la commande publique les uns par rapport aux autres, tandis que la seconde permet de mesurer le niveau d'incidence respectif de chacun de ces facteurs, étant entendu qu'un même sondé pouvait cocher une ou plusieurs réponses (voire toutes). Les résultats sont recensés dans le tableau suivant (Figure 2.23).

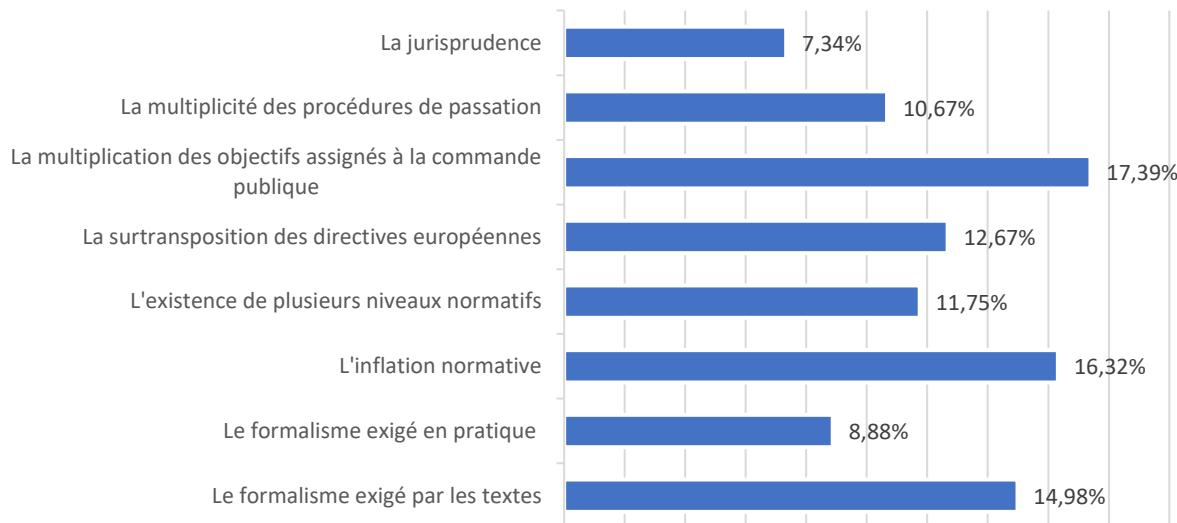
Figure 2.23 : Tableau comparatif des réponses au questionnaire à choix multiples relativ aux facteurs de complexité du droit de la commande publique

	Nb de réponses	Valeur en % (nb de réponses)	Valeur en % (nb de sondés)
<i>Réponses proposées dans le questionnaire à choix multiples</i>			
Le formalisme exigé par les textes	292	14,9	52
Le formalisme exigé par la pratique	173	8,8	30,8
L'inflation normative	318	16,3	56,6
L'existence de plusieurs niveaux normatifs (national et européen)	229	11,7	40,8
La surtransposition des directives européennes	247	12,6	44
La multiplication des objectifs assignés à la commande publique	339	17,3	60,4
La multiplicité des procédures de passation	208	10,6	37
La jurisprudence	143	7,3	25,4

⁴⁵⁰ Soit 1949 réponses.

⁴⁵¹ Soit 591 sur cette partie du sondage.

Figure 2.24 : Graphique comparatif des réponses des sondés au questionnaire à choix multiples relatif aux facteurs de complexité du droit de la commande publique



Analyse. Le graphique ci-dessus (Figure 2.24) est établi à partir du nombre de réponses rapportées au nombre total de réponses apportées au questionnaire à choix multiples. Il met en lumière une répartition relativement déséquilibrée entre les différentes propositions du questionnaire à choix multiples, puisque le delta entre la valeur la plus élevée – 17,3% pour la multiplication des objectifs assignés à la commande publique – et la valeur la plus faible – 7,3% pour la jurisprudence – est de 10 points, soit une variation significative. On peut en déduire que, selon les répondants, **la complexité du droit de la commande publique résulte principalement des textes juridiques, tandis que leur interprétation ou la pratique n'y contribue que de manière marginale**. Au-delà, il est difficile, sans entrer dans le détail, d'apporter une explication plus précise à la variation de ces résultats.

Ce graphique permet, par ailleurs, de classer les facteurs de complexité par ordre décroissant : la multiplication des objectifs assignés à la commande publique caracole en tête (1.), immédiatement suivie par l'inflation normative (2.) et le formalisme (3.). Ces facteurs de complexité sont suffisamment consensuels pour réunir plus de la majorité des réponses, à l'inverse de la surtransposition des directives européennes (4.), de l'existence de plusieurs niveaux normatifs (5.), de la multiplication des procédures de passation (6.) ainsi que de la jurisprudence (7.).

1. La multiplication des objectifs assignés à la commande publique

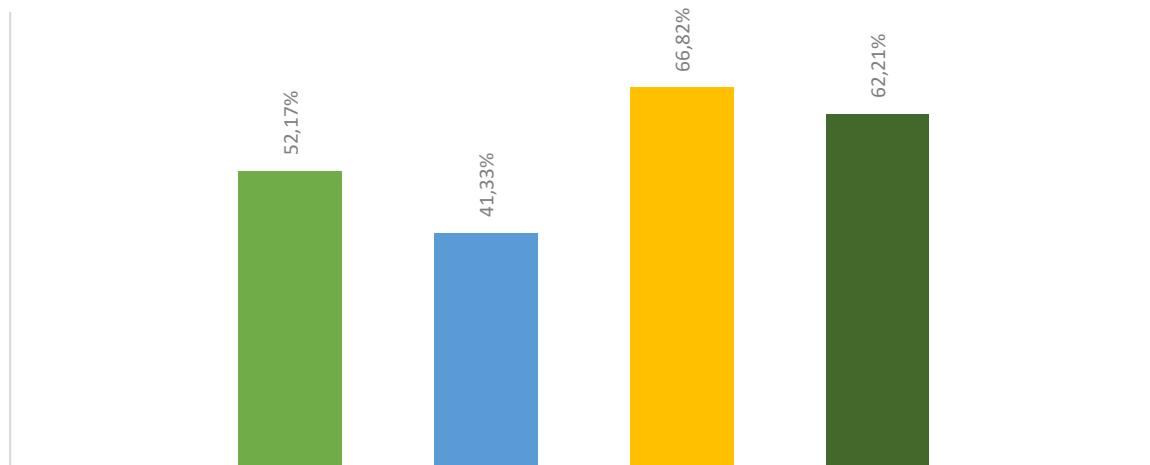
Données. La multiplication des objectifs assignés à la commande publique constitue le premier critère de complexité du droit de la commande publique selon les répondants au sondage. Il réunit 17,3 % de la totalité des réponses au questionnaire à choix multiples. Il s'agit, en outre, du facteur de complexité le plus consensuel, coché par 62,2 % des sondés.

Figure 2.25 : Tableau comparatif des réponses relatives à « la multiplication des objectifs assignés à la commande publique » par catégorie de sondés

	Nb de réponses	Nb total de sondés / catégorie	Valeur en % (nb de sondés)
Avocats	24	46	52,1
Opérateurs économiques	173	75	41,3
Autorités contractantes	318	440	66,8
Total	349	561	62,2

Figure 2.26 : Répartition proportionnelle entre les catégories de sondés ayant coché « la multiplication des objectifs assignés à la commande publique » dans le questionnaire à choix multiples

■ Avocats ■ Opérateurs économiques ■ Autorités contractantes ■ Total des sondés



Analyse. La multiplication des objectifs assignés à la commande publique constitue une source de complexité du droit de la commande publique pour la majorité des sondés. Le tableau (Figure 2.25) et le graphique (Figure 2.26) ci-dessus mettent en évidence d'importantes variations entre les différentes catégories de répondants : si une

majorité d'autorités contractantes et d'avocats ont sélectionné cette réponse, une minorité d'opérateurs économiques l'envisage comme un facteur de complexité. On constate, à cet égard, que le delta entre la valeur la plus haute – 66,8 % pour les autorités contractantes – et la valeur la plus faible – 41,3 % des opérateurs économiques – est de 25,5 points, soit un écart très significatif.

Cette différence peut s'expliquer par le fait que les autorités contractantes sont les premières débitrices des obligations découlant des objectifs stratégiques assignés à la commande publique, qu'il s'agisse de prévoir des critères de développement durable lors de la passation, d'insérer des clauses environnementales ou sociales dans les contrats ou d'en contrôler la bonne exécution par les opérateurs économiques. À cet égard, on soulignera utilement que ce bilan contraste avec celui de l'enquête qualitative, probablement en raison de répartition plus équilibrée entre les catégories de répondants. Ainsi, lors des interviews, la multiplication des objectifs assignés à la commande publique était considérée comme un facteur de complexité par 8 des 21 interviewés⁴⁵², soit seulement 38 % d'entre eux. Cette explication est également corroborée par les commentaires des sondés.

Justifications. Les sondés sont près de 10 % à mentionner spontanément la multiplication des objectifs assignés à la commande publique dans leurs commentaires. On constate, là encore, une surreprésentation des autorités contractantes puisque sur 45 commentaires, 40 émanent d'autorités contractantes, 3 d'avocats et 2 d'opérateurs économiques, ce qui confirme l'hypothèse précédemment soulevée. Dans le détail, les critiques émises par les sondés peuvent être classées en trois catégories : elles portent tantôt sur la généralisation des objectifs assignés à la commande publique, tantôt sur leur difficile conciliation, tantôt sur leur mise en œuvre pratique.

Généralisation d'objectifs jugés irréalisables. Les sondés sont nombreux à regretter qu'un nombre croissant d'objectifs – le développement durable, l'innovation et l'accès des petites et moyennes entreprises notamment – soient assignés par les législateur national et européen à la commande publique. En effet, cette instrumentalisation, ou selon l'expression d'une autorité contractante sondée, cette « *utilisation de la commande publique en tant qu'outil politique* » est perçue, dans l'ensemble, comme une source de complexité.

⁴⁵² 3 AC, 3 OE, 1 AV, et 1 AU.

Ainsi, le bilan général dressé par les enquêtés est plutôt négatif. L'introduction de nouvelles exigences qui ne concernent pas directement la commande publique aurait pour effet de fixer des « *objectifs inatteignables* »⁴⁵³, ou encore de prononcer des « *injonctions paradoxales* », sinon « *contradictoires* »⁴⁵⁴ à destination des autorités contractantes. L'une d'elles précise ces difficultés :

« On peut évoquer, en pratique, l'application de la loi Climat et Résilience. Nous sommes, nous les pouvoirs adjudicateurs confrontés à la dure réalité des choses : nous mettons en œuvre des clauses, critères et spécifications techniques environnementales et plus rarement sociales. Nous devons, tout en respectant ce point, tenter de conserver le public des TPE-PME qui répondent à nos marchés et qui n'ont pas aujourd'hui pas les moyens de répondre à ces exigences environnementales et sociales. Nous devons dans le même temps vérifier et suivre ces clauses et spécifications tout en étant confronté au manque de moyens humains, techniques. Charge aux prescripteurs de les suivre alors que cela ne fait pas partie de leurs attributions. Concrètement cela fait naître une frustration dans le sens où l'on veut emmener et participer à la transformation de la commande publique mais nous ne pouvons le faire par manque de moyens et d'outils nous permettant la réalisation d'actions concrètes sans pour autant voir le taux de réponses aux marchés publics baisser encore plus que ces dernières années. Le sentiment plane parfois d'atteinte de la limite du réalisable. »

Le phénomène ainsi dépeint par les sondés comme une **source d'insécurité juridique**⁴⁵⁵, un frein à l'efficacité de l'achat public⁴⁵⁶ comme à la concurrence⁴⁵⁷. En ce sens, une autorité contractante sondée souligne que les obligations environnementales et sociales « *alourdissent les textes et ajoutent de l'insécurité juridique, pour une efficacité proche du néant* »⁴⁵⁸, tandis qu'une autre constate que « *[l']a commande publique sert de laboratoire et le résultat est éloquent : une nette diminution de la concurrence comme le démontre la Cour des comptes européenne dans son rapport relatif aux marchés publics dans l'UE de décembre 2023. À titre personnel, de plus en plus souvent, je ne reçois plus qu'entre une et trois offres... il y a 10 ans, c'était plutôt entre trois et six* ».

⁴⁵³ 1 AC.

⁴⁵⁴ 2 AC.

⁴⁵⁵ 1 AC.

⁴⁵⁶ 2 AC.

⁴⁵⁷ 1 AC.

⁴⁵⁸ Une autre autorité contractante abonde dans ce sens lorsqu'elle relève que « *charger la commande publique d'atteindre des objectifs sociaux, environnementaux ou d'innovation est inefficace* ».

Au-delà de ces considérations générales, plusieurs commentaires mentionnent plus précisément des textes nationaux adoptés ces dernières années, à l'instar de la *loi Climat et Résilience*⁴⁵⁹, de la *loi Egalim*⁴⁶⁰ ou encore de la *loi AGEC*⁴⁶¹. Ces législations, perçues comme autant de nœuds de complexité par les praticiens, ont en commun de renforcer le caractère contraignant des exigences environnementales et/ ou sociales notamment dans le domaine de la commande publique.

Respect des principes fondamentaux. En deuxième lieu, les autorités contractantes sondées font part d'un sentiment partagé : celui d'être contraintes à un numéro d'équilibrisme, tant les objectifs stratégiques (développement durable, innovation et accès des PME) et les principes fondamentaux de la commande publique (liberté, égalité d'accès et transparence) se concilient mal⁴⁶², voire se contredisent⁴⁶³. Par exemple, **plusieurs d'entre elles relèvent que l'intégration d'un critère environnemental conduit bien souvent à favoriser des entreprises locales (circuits courts, traçabilité des produits, etc.), au risque de méconnaître le principe de non-discrimination.** Il est intéressant de souligner qu'un opérateur économique constate lui-même qu'« *il n'existe aucun critère clair pour sélectionner une entreprise française à capital français* » et que « *les critères de notation de la RSE sont flous* ». Ce faisant, il souligne le caractère ambivalent du système qui exige des autorités contractantes qu'elles respectent les principes d'égalité d'accès et de non-discrimination et qu'elles promeuvent la responsabilité sociale et environnementale des entreprises, qui ne peut toutefois pas servir de critère d'attribution, faute d'un lien suffisant avec l'objet du marché.

Dans le prolongement de cette idée, les sondés parviennent difficilement à concilier ces objectifs entre eux, en raison de leur caractère parfois « *contradictoire* »⁴⁶⁴, ou faute d'une « *véritable hiérarchie* »⁴⁶⁵, comme le souligne un avocat sondé. En ce sens, **plusieurs autorités contractantes interrogées peinent à articuler les exigences liées au développement durable et celles tenant à l'accès à la commande publique des TPE-PME.** En effet, cet objectif peut

⁴⁵⁹ Loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets, *JORF* n° 0196 du 24 août 2021.

⁴⁶⁰ Loi n° 2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous, *JORF* n° 253 du 1 novembre 2018.

⁴⁶¹ Loi n° 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire, *JORF* n° 0035 du 11 février 2020.

⁴⁶² 1 AC.

⁴⁶³ 2 AC.

⁴⁶⁴ 1 AC.

⁴⁶⁵ 1 AV.

être entravé par l'insertion de critères environnementaux ou sociaux dans les marchés publics, ne serait-ce que par les surcoûts qu'elle engendre pour l'opérateur économique.

Mise en œuvre pratique des objectifs. Les sondés éprouvent enfin de sérieuses difficultés à mettre en œuvre les objectifs stratégiques de la commande publique, à travers des outils qui « ajoutent un niveau supplémentaire de difficulté »⁴⁶⁶ : les critères et clauses de développement durable, les spécifications techniques, les labels ou encore le concept de « coût du cycle de vie » apparaissent particulièrement difficiles à manier. La majorité des commentaires proviennent d'autorités contractantes qui critiquent la déconnexion entre les objectifs de durabilité et leurs capacités budgétaires⁴⁶⁷, le manque d'outil des collectivités territoriales pour analyser des critères sociaux ou environnementaux⁴⁶⁸ ou encore la « *faible maturité* » des services pour assurer le suivi d'exécution des clauses de développement durable⁴⁶⁹. À cet égard, une autorité contractante sondée fustige l'inflation normative en la matière : « *l'hémorragie réglementaire en matière d'achat responsable [est] parfois totalement déconnectée des capacités du marché fournisseur, ou des capacités budgétaires des acheteurs.* »

Ce problème est néanmoins mis en avant par 2 opérateurs économiques sondés. L'un d'eux souligne qu'il est difficile de « *déchiffrer les atteintes des acheteurs relatives aux critères de développement durable* ». L'autre égraine quelques exemples :

« *Les clauses environnementales sont inadaptées et très difficilement applicables, les clauses d'insertion sociale sont complexes à adapter dans le cadre d'un marché de MOE, tandis que les clauses assurantielles sont déconnectées de la réalité des risques encourus. On relève que de nombreux acheteurs ont des difficultés à adapter ces contraintes générales à la spécificité des marchés et à la taille d'opérateurs économiques qui y répondent.* »

2. L'inflation normative

Données. L'inflation normative se place au deuxième rang des facteurs de complexité pour les sondés, avec 16,3 % du total des réponses. **Sur la totalité des sondés, 56,7 % ont**

⁴⁶⁶ 1 AC.

⁴⁶⁷ 1 AC.

⁴⁶⁸ 1 AC.

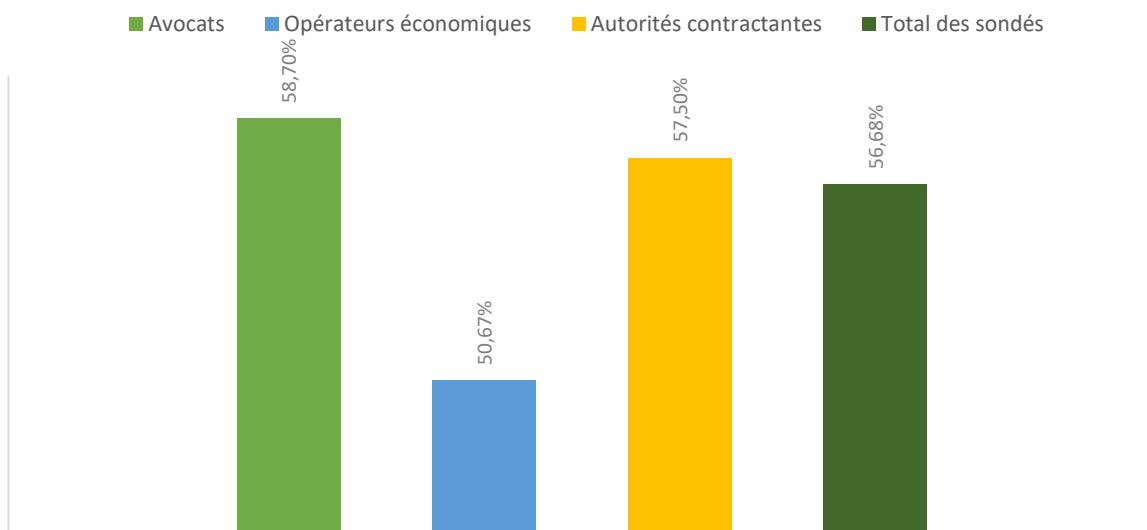
⁴⁶⁹ 1 AC.

coché l' « *inflation normative* » comme facteur de complexité du droit de la commande publique.

Figure 2.27 : Tableau comparatif de réponses relatives à l'« *inflation normative* » par catégorie de sondés

Catégories de sondés	Nb de réponses	Nb total de sondés / catégories	Valeur en % (nb de sondés)
Avocats	27	46	58,6
Opérateurs économiques	38	75	50,6
Autorités contractantes	253	440	57,5
Total	318	561	56,6

Figure 2.28 : Répartition proportionnelle entre les catégories de sondés ayant coché « l'*inflation normative* » dans le questionnaire à choix multiples



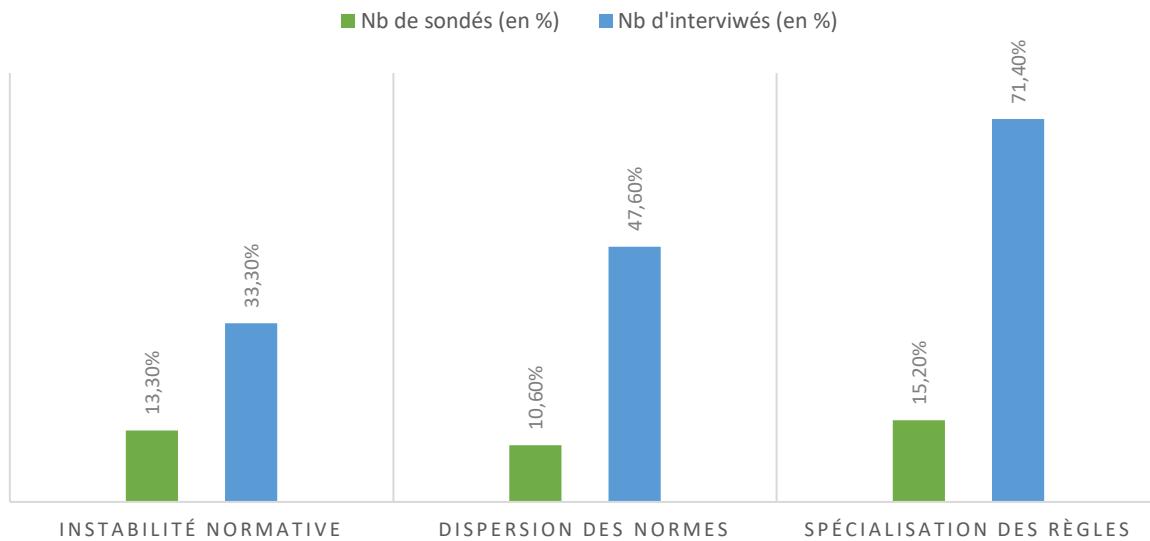
Analyse. L'inflation normative représente un facteur de complexité consensuel coché par une large majorité des sondés, dans des proportions relativement équilibrées entre les différentes catégories, ainsi qu'en témoignent le tableau (**Figure 2.27**) et le graphique ci-dessus (**Figure 2.28**). Cette proposition est, en effet, sélectionnée par 58,6 % des avocats, 57,5 % des autorités contractantes et seulement 50,6 % des opérateurs économiques sondés. Le delta entre la valeur la plus haute et la valeur la plus basse est de seulement 8 points, soit un faible écart. On peut néanmoins tenter d'expliquer ces variations par le fait que les avocats et les autorités contractantes sont les premiers confrontés à l'inflation normative dans tous les domaines de la commande publique, là où les opérateurs économiques interviennent dans des secteurs plus

spécifiques. On ajoutera que, dans l'ensemble, ces résultats confortent aussi bien l'état du droit et de la doctrine que ceux de l'enquête qualitative.

En effet, lors de la première étape relative à l'état du droit et de la doctrine, l'inflation normative, la spécialisation ainsi que la fragmentation du contenu des normes avaient été analysées comme des facteurs de complexité du droit de la commande publique⁴⁷⁰. Plusieurs moyens avaient été esquissés pour remédier à ces phénomènes : poursuivre l'entreprise de rationalisation du droit de la commande publique initiée avec sa codification, ou encore promouvoir des normes plus générales, au risque, il est vrai, de susciter de l'insécurité juridique pour les acteurs du droit de la commande publique⁴⁷¹.

Au stade de l'enquête qualitative également, l'inflation normative était mentionnée comme un facteur de complexité par les interviewés. Ce phénomène se décomposait cependant en plusieurs sous-facteurs de complexité, dont chacun réunissait près de la moitié des personnes interrogées : l'instabilité normative⁴⁷², la dispersion des normes⁴⁷³ et la spécialisation des règles⁴⁷⁴.

Figure 2.29 : Comparatif des réponses des sondés et des interviewés relatives à l'inflation normative



⁴⁷⁰ v. *supra*: état du droit et de la doctrine, Section 1, §II, B.

⁴⁷¹ Sur ce point, les réponses des sondés à la question « préférez-vous des normes générales (plus souples et éventuellement moins sécurisantes) ou des normes détaillées (plus sécurisantes et éventuellement plus complexes) sont pour le moins mitigées : v. *supra* : Section 1, §I, B.

⁴⁷² 7 sur 21.

⁴⁷³ 10 sur 21.

⁴⁷⁴ 15 sur 21.

On retrouve ces sous-facteurs de complexité dans les commentaires des sondés, mais dans des proportions différentes, comme permet de l'observer le graphique ci-dessus (**Figure 2.29**).

Prolifération des normes. Sur les 433 commentaires, 58 envisagent spontanément la prolifération des normes relatives à la commande publique comme un facteur de complexité, soit 13,3 % d'entre eux.

Les expressions employées par les enquêtés dans les commentaires pour viser ce phénomène brillent par leur variété. En effet, certains visent les phénomènes de « *multiplication* »⁴⁷⁵, d'*« accumulation* »⁴⁷⁶, d'*« augmentation* »⁴⁷⁷, de « *prolifération* »⁴⁷⁸ ou d'*« inflation* »⁴⁷⁹ des sources du droit de la commande publique. D'autres constatent, de manière plus statique, le nombre excessif⁴⁸⁰, la « *densité* »⁴⁸¹, la « *quantité* »⁴⁸², la « *multiplicité* »⁴⁸³ ou encore la « *multitude* »⁴⁸⁴ des normes ou de règles juridiques. À cet égard, selon une autorité contractante sondée, le problème vient « *des nouvelles règles sans abrogation des anciennes entraînant un mille-feuille* ». Enfin, certains sondés emploient des périphrases pour désigner cette multiplication de normes, par exemple lorsqu'ils critiquent « *la volonté du législateur de répondre de manière exhaustive à toutes les situations potentielles d'achat dans le moindre détail* »⁴⁸⁵, ou qu'ils estiment que « *trop de législation tue la législation* »⁴⁸⁶. L'un d'eux souligne enfin les conséquences négatives de cette inflation pour la commande publique :

« [I]a place accordée à la norme et au droit pousse à l'immobilisme et à la sécurisation juridique maximale au détriment de la performance de l'achat. »⁴⁸⁷

Instabilité normative. Dans le prolongement des propos précédents, 46 des 433 sondés à avoir formulé un commentaire, soit 10,6 % d'entre eux, tiennent spontanément

⁴⁷⁵ 2 AC, 1 OE et 1 AV.

⁴⁷⁶ 2 AC, 1 OE et 1 AV.

⁴⁷⁷ 1 AC.

⁴⁷⁸ 1 AC.

⁴⁷⁹ 3 AC et 1 OE.

⁴⁸⁰ 14 AC, 2 OE, et 2 AV.

⁴⁸¹ 1 AC.

⁴⁸² 1 AC.

⁴⁸³ 5 AC, 1 OE, et 1 AV.

⁴⁸⁴ 6 AC.

⁴⁸⁵ 1 AC.

⁴⁸⁶ 1 AC.

⁴⁸⁷ 1 AC.

l'instabilité normative pour responsable de la complexité du droit de la commande publique. Sur ce point, les formulations employées varient peu.

En effet, de nombreux sondés visent expressément l'*« instabilité normative »*⁴⁸⁸, *« législative »*⁴⁸⁹, *« réglementaire »*⁴⁹⁰ et/ ou *« jurisprudentielle »*⁴⁹¹, sinon le *« manque »*⁴⁹², voire l'*« absence »*, de stabilité du droit de la commande publique⁴⁹³. Dans cet ordre d'idées évoquent les *« va-et-vient juridiques »*⁴⁹⁴, les *« réformes »*⁴⁹⁵, les *« nouveautés continues »*⁴⁹⁶, les *« modifications trop régulières »*⁴⁹⁷, les *« évolutions fréquentes »*⁴⁹⁸ ou *« permanentes »*⁴⁹⁹, les *« changements réguliers »*⁵⁰⁰, *« constants »*⁵⁰¹ ou *« successifs »*⁵⁰² du droit de la commande publique, propres à le rendre *« instable et imprévisible »*, ou à créer de l'insécurité juridique⁵⁰³. À cet égard, une autorité contractante souligne :

*« Le droit de la commande publique est, par nature, complexe en ce sens qu'il trouve sa source dans de nombreuses législations (européenne et nationale) et dans la jurisprudence, mais aussi parce qu'il a vocation à régir des actes économiques qui interviennent dans un contexte économique et social en constante évolution, ce qui implique de tenir compte de ces évolutions. »*⁵⁰⁴

Spécialisation des normes. Enfin, 66 des 433 sondés (soit 15,2 % d'entre eux) ont, dans leurs commentaires, spontanément analysé la spécialisation des normes – c'est-à-dire la multiplication de textes régissant des cas spécifiques – comme une source de complexité. Sur ce point, une autorité contractante apporte un élément d'explication :

« [l]es dérogations et exceptions se multiplient soit pour élargir à outrance la souplesse offerte aux entreprises (à tel point que la règle perd son sens et génère en pratique des difficultés multiples et inutiles), soit pour créer des

⁴⁸⁸ 1 AC, 1 OE et 2 AV.

⁴⁸⁹ 1 AC.

⁴⁹⁰ 2 AC.

⁴⁹¹ 1 AC.

⁴⁹² 1 AV.

⁴⁹³ 1 OE, et 1 AV.

⁴⁹⁴ 1 AC.

⁴⁹⁵ 1 AC.

⁴⁹⁶ 1 AC.

⁴⁹⁷ 1 AC.

⁴⁹⁸ 1 AC.

⁴⁹⁹ 1 AC.

⁵⁰⁰ 2 AC.

⁵⁰¹ 3 AC, et 1 AV.

⁵⁰² 2 AC.

⁵⁰³ 2 AC.

⁵⁰⁴ 1 AC.

dispositifs de niches, exploitables par trois ou quatre grands acheteurs publics, dont on s'étonne ensuite qu'ils ne sont pas davantage utilisés. »

Parmi eux, certains constatent, de manière très générale, un « *manque d'homogénéité des règles* »⁵⁰⁵, la multiplication des « *cas particuliers* »⁵⁰⁶, des « *exceptions* »⁵⁰⁷ ou des « *régimes dérogatoires* »⁵⁰⁸, sinon la « *légion de lois sectorielles apportant des dérogations au Code de la commande publique* »⁵⁰⁹.

D'autres, en revanche, sont plus précis, lorsqu'ils visent l'existence de règles propres à chaque acteur du droit de la commande publique⁵¹⁰, à l'objet⁵¹¹, au montant⁵¹² ou au type⁵¹³ de contrat, ainsi qu'à chaque procédure de passation⁵¹⁴, étant précisé qu'en la matière, « *le jeu des exceptions est parfois difficile à comprendre* »⁵¹⁵. À ce sujet, il convient de souligner qu'une grande partie des critiques se concentre sur l'existence de spécificités propres à chaque autorité contractante⁵¹⁶, voire plus précisément à la dualité, ou selon l'expression d'un avocat sondé la « *disjonction* » des régimes applicables aux entités adjudicatrices et aux pouvoirs adjudicateurs⁵¹⁷. Sur ce point, un avocat sondé exprime que les difficultés se posent dès les premières étapes du raisonnement, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de « *qualifier un acheteur de pouvoir adjudicateur ou d'entité adjudicatrice* »⁵¹⁸.

3. Le formalisme

Données. Le formalisme, qui n'avait pas été mentionné comme facteur de complexité dans l'étude du droit et de la doctrine⁵¹⁹, représentait pourtant le facteur de complexité du droit de la commande publique le plus dirimant pour 62 % des interviewés⁵²⁰. Ces résultats sont

⁵⁰⁵ 1 AV.

⁵⁰⁶ 2 AC et 1 OE.

⁵⁰⁷ 11 AC, 1 OE, et 2 AV.

⁵⁰⁸ 1 AV.

⁵⁰⁹ 1 AC.

⁵¹⁰ 2 OE, et 1 AV.

⁵¹¹ 3 AC, et 2 AV.

⁵¹² 3 AC.

⁵¹³ 1 AC.

⁵¹⁴ 2 AC.

⁵¹⁵ 1 AV.

⁵¹⁶ 9 AC, 3 OE, et 2 AV.

⁵¹⁷ 6 AC, 2 OE, et 2 AV.

⁵¹⁸ 1 AV.

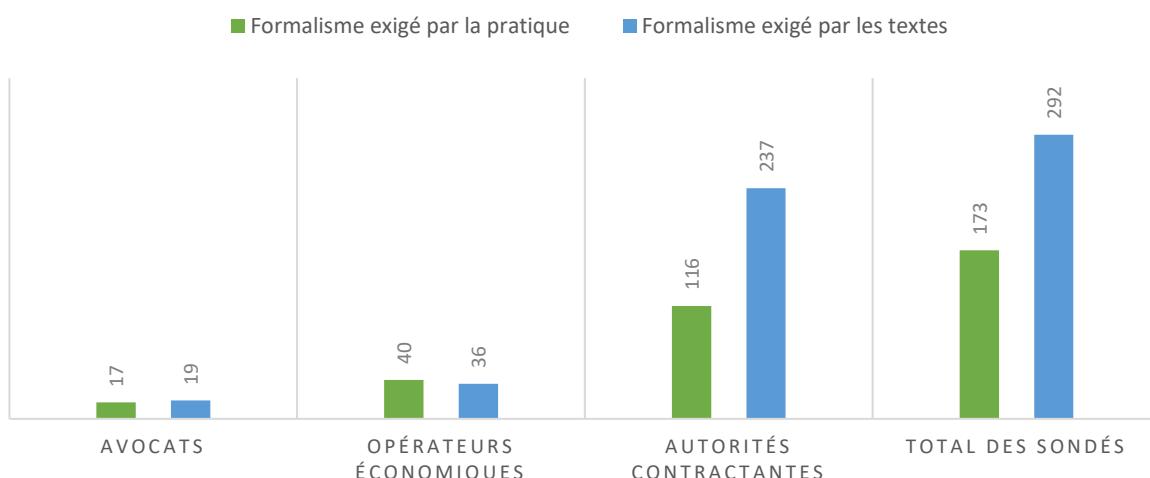
⁵¹⁹ Il importe de souligner que l'allègement du formalisme administratif était toutefois étudié au sein de l'état du droit et de la doctrine, dans le cadre des mesures concrétisant la simplification au sein du droit de la commande publique.

⁵²⁰ Soit 13 sur 21 interviewés.

partiellement confortés par l'enquête quantitative. **Sur la totalité des 561 répondants ayant rempli le questionnaire à choix multiples, 292⁵²¹ ont coché « *le formalisme exigé par les textes* » et 173⁵²² ont coché « *le formalisme exigé en pratique* ».**

Ces chiffres placent ainsi le « *formalisme exigé par les textes* » au troisième rang des facteurs de complexité pour les sondés, avec 14,8 % du total des réponses. Le « *formalisme exigé par la pratique* » arrive quant à lui en septième position, soit l'avant-dernier, avec 8,8 % du total des réponses.

Figure 2.30 : Répartition proportionnelle des réponses des sondés sur l'origine du formalisme



Analyse. On observe dans le graphique ci-dessus (Figure 2.30) un très net différentiel entre les résultats obtenus sur la question du « *formalisme exigé par les textes* » et celle du « *formalisme exigé par la pratique* ». Ce désaccord sur l'origine du formalisme se dessinait dès l'enquête qualitative puisque la majorité des personnes interviewées l'imputait aux règles de passation⁵²³, tandis qu'une minorité y voyait plutôt le reflet d'une surestimation des risques pénaux et contentieux par les autorités contractantes⁵²⁴.

Ces variations entre les sondés s'expliquent sans difficulté par la surreprésentation des autorités contractantes⁵²⁵. À cet égard, le tableau (Figure 2.31) et le graphique (Figure 2.32) ci-dessous permettent d'observer que seulement 26 % de la totalité des autorités

⁵²¹ Soit 52 %.

⁵²² Soit 30,8 %.

⁵²³ 7 des 21 interviewés dont 3 AC, 2 OE, et 2 AV.

⁵²⁴ 3 des 21 interviewés dont 2 AC, et 1 AV.

⁵²⁵ 440 sur 561 au total.

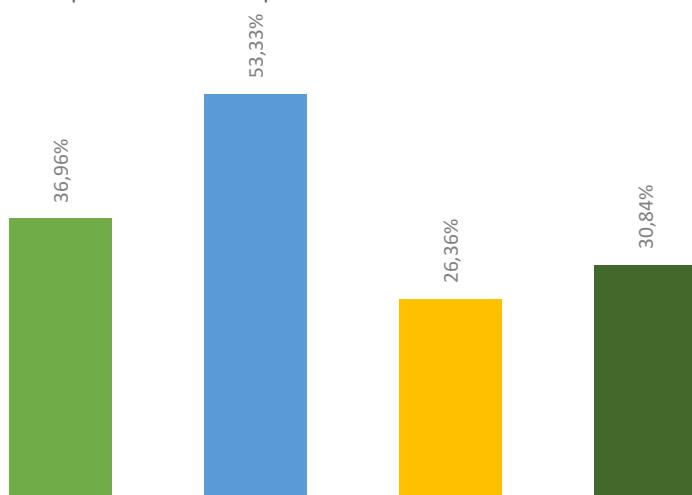
contractantes⁵²⁶ ont identifié « *le formalisme exigé par la pratique* » comme un facteur de complexité. À titre comparatif, ce sont près de 37 % de la totalité des avocats⁵²⁷ et de 53,3 % de la totalité des opérateurs économiques⁵²⁸ qui ont coché cette réponse. Le delta entre le taux de réponses positives des opérateurs économiques et le taux de réponses positives des autorités contractantes est de 27,3 %, soit un écart particulièrement significatif qui confirme l'hypothèse précédemment formulée.

Figure 2.31 : Tableau comparatif de réponses relatives au « *formalisme exigé par la pratique* »

	Nb de réponses	Nb total de sondés / catégorie	Valeur en % (nb de sondés)
<i>Catégories de sondés</i>			
Avocats	17	46	36,9
Opérateurs économiques	40	75	53,3
Autorités contractantes	116	440	26
Total	173	561	30,8

Figure 2.32 : Répartition proportionnelle entre les catégories de sondés ayant coché « *le formalisme exigé par la pratique* » dans le questionnaire à choix multiples

■ Avocats ■ Opérateurs économiques ■ Autorités contractantes ■ Total des sondés



Dans la continuité des propos précédents, on observe que la répartition entre les différentes catégories de sondés est nettement plus équilibrée s'agissant du « *formalisme exigé par les textes* », ainsi qu'en témoignent le tableau (Figure 2.33) et le graphique (Figure 2.34)

⁵²⁶ Soit 116 sur 440.

⁵²⁷ Soit 17 sur 46.

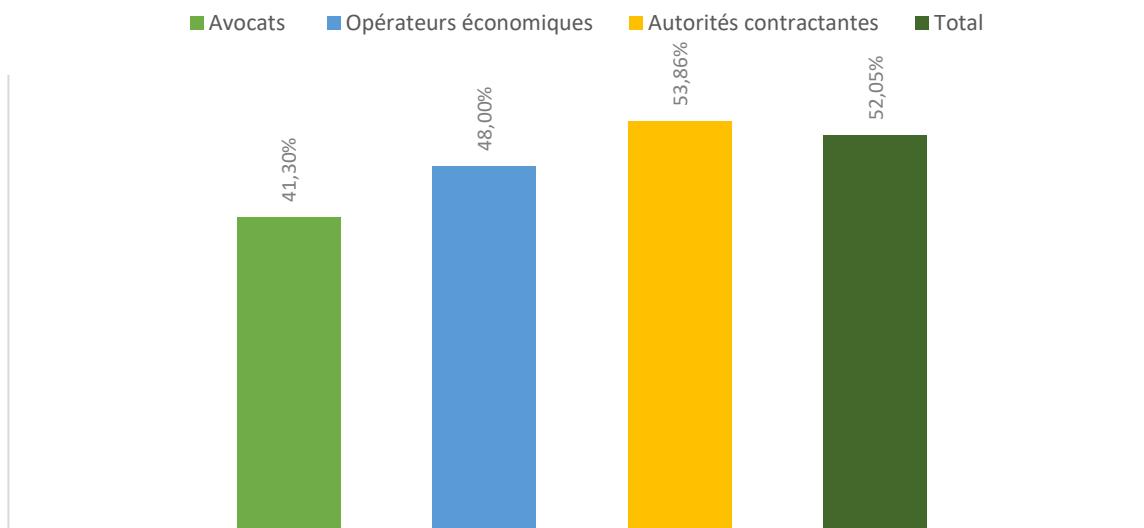
⁵²⁸ Soit 40 sur 75.

ci-dessous. En effet, ils sont respectivement 41,3 % de la totalité des avocats, 48 % de celle des opérateurs économiques et 53,8 % de celle des autorités contractantes à avoir coché cette réponse de sorte que le delta entre la valeur la plus haute et la valeur la plus faible est de seulement 12,5 points.

Figure 2.33 : Tableau comparatif de réponses relatives au « formalisme exigé par les textes »

	Nb de réponses	Nb total de sondés / catégorie	Valeur en % (nb de sondés)
<i>Catégories de sondés</i>			
Avocats	19	46	41,3
Opérateurs économiques	36	75	48
Autorités contractantes	237	440	53,8
Total	292	561	52

Figure 2.34 : Répartition proportionnelle entre les catégories de sondés ayant coché « le formalisme exigé par les textes » dans le questionnaire à choix multiples



Explications. Seulement 29 sondés mentionnent spontanément le formalisme, soit 6,6 % de la totalité des commentaires. Parmi eux, 7 se réfèrent expressément au « formalisme », qualifié d'« excessif »⁵²⁹ ou jugé « trop important »⁵³⁰, sinon « trop lourd »⁵³¹. D'autres

⁵²⁹ 1 AC.

⁵³⁰ 2 AC.

⁵³¹ 1 AC.

commentaires emploient des formulations qui renvoient sans conteste à ce formalisme : la « *bureaucratie* »⁵³², la « *lourdeur administrative* »⁵³³, les « *exigences administratives* »⁵³⁴, la « *charge administrative et documentaire* »⁵³⁵ ou encore la « *complexité administrative* »⁵³⁶. Les commentaires permettent surtout d’identifier trois principaux « foyers » de formalisme : la phase de candidature, les obligations de publicité et de transparence, et la surestimation des risques par les autorités contractantes.

Candidatures. Sur les 433 commentaires, 41 visent spontanément les dossiers de candidature, soit 9,4 %. Sur ce point, les sondés soulignent, toutes catégories confondues, la « *lourdeur* » des dossiers de candidature ainsi que leurs « *redondances* »⁵³⁷, le nombre important, sinon « *excessif* », de « *pièces administratives* »⁵³⁸, d’ « *attestations* » ou de « *documents* »⁵³⁹, de « *signatures inutiles* »⁵⁴⁰, ainsi que de « *formalités* » à accomplir⁵⁴¹. Il est évident que ce formalisme des dossiers de candidature est un problème partagé par tous les acteurs de la commande publique, bien que des difficultés spécifiques se posent à chacun d’eux. En effet, si la constitution des dossiers de candidature est une difficulté propre aux opérateurs économiques, leur analyse en est une réservée aux autorités contractantes.

Côté opérateurs économiques, on mentionne plus précisément « *le "coup d'entrée" lié à la réappropriation des exigences très hétérogènes (tant quantitativement que qualitativement) posées par les acheteurs publics dans les documents de consultation et en particulier le cadre des réponses imposées dans chaque nouvelle procédure* » jugé « *très chronophage et complexe* ». Un autre enquêté s’attache quant à lui à dresser une liste des formalités qui sont, selon lui, autant de sources de complexité pour les entreprises : « *des DCE très volumineux, y compris pour des marchés de montant non significatif, des demandes de réponse technique sous des formats différents pour chaque entité publique, des formulaires DC1, DC2, DUME qui deviennent de plus en plus complexes avec l'utilisation de termes parfois issus de l'Union*

⁵³² 1 AV.

⁵³³ 3 AC.

⁵³⁴ 1 AC.

⁵³⁵ 1 AC.

⁵³⁶ 1 AC.

⁵³⁷ 1 AC.

⁵³⁸ 11 AC et 2 OE.

⁵³⁹ 2 AC, et 1 OE.

⁵⁴⁰ 1 OE.

⁵⁴¹ 2 AC.

européenne, de nombreux documents à fournir (en lien avec les dispositions du Code du travail, mais parfois complexes à comprendre) »⁵⁴².

Côté autorités contractantes on désapprouve le fait qu'« *à toujours vouloir simplifier pour les entreprises, ça complexifie pour les acheteurs, car la simplification des uns retombe sur la vérification pour les autres* ». Ce sentiment est partagé par plusieurs autorités contractantes qui mettent en évidence la « *surabondance des vérifications* », l' « *ampleur des contrôles* » à effectuer ou encore « *le devoir de contrôle qui pèse sur les autorités contractantes sur des sujets sans lien avec la commande publique (bilan des émissions de gaz à effet de serre (GES), égalité femmes-hommes...)* ». En ce sens également, une autre autorité contractante constate :

« [c]ertaines règles alourdissent les actions administratives de l'acheteur et le contraignent à se focaliser sur "la procédure administrative, le respect de la règle" plutôt que la contractualisation de l'achat (remplissage de formulaires de publicité illisibles, vérification des attestations URSSAF, vérification des signatures électroniques, transmission des marchés publics au contrôle de légalité pour les collectivités territoriales, remplissage des données essentielles ou autres données informatiques pour le REAP...). »

Dans le prolongement de ces propos, certains enquêtés soulignent le caractère « *chronophage* »⁵⁴³ et « *coûteux* » de l'analyse des dossiers de candidatures⁵⁴⁴, voire l' « *effet repoussoir* » du volume de ces derniers pour les entreprises⁵⁴⁵.

Publicité et transparence. Dans le prolongement des propos précédents, 12 autorités contractantes sondées (soit 2,7% de la totalité des commentaires) mentionnent spontanément les obligations de publicité et de transparence.

Sur le premier point, elles se plaignent principalement de la **réforme des formulaires européens de publicité (e-forms)** jugés « *complexes* »⁵⁴⁶, « *difficilement appréhendables* »⁵⁴⁷,

⁵⁴² 1 OE.

⁵⁴³ 2 AC.

⁵⁴⁴ 1 AC.

⁵⁴⁵ 1 AC.

⁵⁴⁶ 2 AC.

⁵⁴⁷ 1 AC.

« *inutiles, peu lisibles* »⁵⁴⁸, « *inadaptés* »⁵⁴⁹ voire « *contraires à l'objectif d'efficacité de la mise en concurrence* »⁵⁵⁰. En ce sens, une autorité contractante insiste :

« *Les avis de publicité beaucoup trop indigestes, illisibles tant sur le fond que la forme (un peu de legal design serait utile...) et sources d'insécurité juridique, alors que l'objectif est d'abord d'assurer l'efficacité d'une mise en concurrence. Mais quel besoin de passer des heures ou des jours sur un avis de publicité qui font perdre du temps à l'acheteur, peut donner lieu à un contentieux pour un motif sans intérêt pour l'achat.*

 »

Leur complexité est attribuée par plusieurs commentaires aussi bien au vocabulaire employé qu'aux rubriques de renseignements⁵⁵¹. Elle serait d'ailleurs croissante⁵⁵², sinon « *inqualifiable* »⁵⁵³.

Sur le second point, les autorités contractantes sondées visent cette fois le nombre important de données (données essentielles, inventaire des achats responsables, rapport de présentation pour les marchés européens, recensement imposé par la loi AGEC, etc.) qu'elles doivent transmettre aux autorités nationales⁵⁵⁴. Ce recensement est d'autant plus mal perçu qu'il viserait des fins « *purement statistiques* »⁵⁵⁵, tout en étant jugé particulièrement chronophage pour les autorités contractantes⁵⁵⁶.

Surestimation des risques. On compte 29 répondants à mentionner spontanément les risques pénaux, contentieux ou financiers, encourus ou surestimés par les autorités contractantes⁵⁵⁷.

À ce sujet, **on ne s'étonnera guère que les opérateurs économiques sondés visent spontanément « *la surreprésentation et la surinterprétation du risque juridique* », « *les interprétations craintives* » des autorités contractantes ou encore « *les règles internes d'achat des collectivités qui dérogent aux règles du Code de la commande publique en les complexifiant* ».**

⁵⁴⁸ 1 AC.

⁵⁴⁹ 1 AC.

⁵⁵⁰ 1 AC.

⁵⁵¹ 3 AC.

⁵⁵² 1 AC.

⁵⁵³ 1 AC.

⁵⁵⁴ 2 AC.

⁵⁵⁵ 1 AC.

⁵⁵⁶ 1 AC.

⁵⁵⁷ Soit 6,6 % des sondés ayant fait des commentaires.

En revanche, il est plus surprenant de lire de tels commentaires sous la plume des autorités contractantes elles-mêmes. Certes, elles sont 6 à constater une « *juridicisation croissante de la commande publique* », ou selon, l’existence de risques contentieux « *permanents* », « *fréquents* », voire « *réels et dissuasifs* ». Mais elles sont tout aussi nombreuses à viser la « *culture du risque qui peut entraîner des comportements excessivement prudents* », l’« *interprétation trop sécuritaire* » ou « *rigoureuse* » des acheteurs, la création de « *règles plus dures, exotiques* » ou « *plus strictes* » dans le but de sécuriser les procédures et les pratiques voire l’« *inhibition* » des juristes incitant « *à davantage de précaution et de formalisme* ». Le champ lexical du sentiment est largement exploité par d’autres autorités contractantes qui évoquent « *la crainte de mal faire* », « *la peur systémique* » ou encore le « *risque juridique [...] qui tétanise les acheteurs* ». Sur ce point, une autorité contractante évoque un climat de « *suspicion généralisée* » et s’en explique :

*« En matière pénale, l’erreur de procédure peut être lourdement sanctionnée, ce qui entraîne une application des règles kafkaïennes : modalités de dépôt des offres, régularisation formaliste, contraintes excessives, etc. Les acheteurs, par crainte de l’erreur ou du contentieux, adoptent des solutions conservatrices. »*⁵⁵⁸

On relèvera sur ce point, le point de vue assez marginal de 2 autorités contractantes qui constatent que le contrôle de légalité est « *moins présent* »⁵⁵⁹, à tout le moins « *pour certains acheteurs publics* »⁵⁶⁰, avant de s’interroger sur l’intérêt ou la « *valeur ajoutée* » de ce dernier. En ce sens également, une autorité contractante estime que les acheteurs ne sont pas « *suffisamment contrôlés* »⁵⁶¹.

Focus sur la dématérialisation

On pourrait penser que la dématérialisation permettrait de réduire les contraintes liées au formalisme. Pourtant, selon les sondés, la dématérialisation constitue, au mieux, un remède en trompe-l’œil, voire un facteur de complexité. À ce sujet, un opérateur économique se veut nuancé :

*« [m]ême si elle a apporté beaucoup de fluidité, la dématérialisation recèle encore des complexités pratiques »*⁵⁶².

⁵⁵⁸ 1 AC.

⁵⁵⁹ 1 AC.

⁵⁶⁰ 1 AC.

⁵⁶¹ 1 AC.

⁵⁶² 1 OE.

Par contraste, on relèvera que 25 commentaires, soit 5,7% d'entre eux, mentionnent la dématérialisation parmi les facteurs de complexité. Les critiques émises sont parfois très générales ou plus précises.

D'abord, plusieurs autorités contractantes se plaignent de la plateforme PLACE⁵⁶³, l'une d'elles ajoutant « *quelle horreur !* » pour la qualifier. D'autres s'agacent de l'obligation faite aux acheteurs publics et aux entreprises de passer par cette plateforme⁵⁶⁴. Ces commentaires s'inscrivent dans la continuité des interviews, à l'occasion desquelles certains enquêtés se montraient particulièrement sceptiques au sujet de la généralisation – envisagée dans le projet de loi de simplification de la vie économique – de l'utilisation de cette plateforme par les collectivités territoriales, aussi bien pour des raisons de fiabilité des données et de sécurité de cette plateforme.

La majorité des commentaires vise, plus spécifiquement, la multiplicité des plateformes de dématérialisation⁵⁶⁵ et des profils d'acheteurs⁵⁶⁶, eu égard à leur « *utilisation variable* »⁵⁶⁷ ou à la complexité qu'elle implique pour les entreprises⁵⁶⁸. Les sondés identifient d'autres difficultés, notamment d'ordre technique, par exemple celles liées aux « *dysfonctionnements* »⁵⁶⁹, aux « *non-conformités et incongruités* »⁵⁷⁰, « *aux fonctionnalités inadaptées* », ou encore au caractère « *peu ergonomique et mal interopérable* »⁵⁷¹ des plateformes dématérialisation, à l'image de la rubrique questions / réponses des profils acheteurs qui peut « *induire en erreur les opérateurs économiques* »⁵⁷².

À la marge, certains sondés évoquent le manque d'encadrement de l'intelligence artificielle en matière de commande publique⁵⁷³, ainsi que des problèmes en matière de signature⁵⁷⁴ et de facturation électroniques⁵⁷⁵.

⁵⁶³ 3 AC.

⁵⁶⁴ 2 AC.

⁵⁶⁵ 3 AC.

⁵⁶⁶ 6 AC.

⁵⁶⁷ 1 AC.

⁵⁶⁸ 1 AC.

⁵⁶⁹ 1 AC.

⁵⁷⁰ 1 AC.

⁵⁷¹ 1 AC.

⁵⁷² 1 OE.

⁵⁷³ 1 AC.

⁵⁷⁴ 1 AC.

⁵⁷⁵ 1 AC.

4. La surtransposition des directives européennes

Données. La surtransposition des directives européennes constitue un facteur de complexité du droit de la commande publique pour 44 % des sondés⁵⁷⁶, soit une minorité d'entre eux. En totalisant 12,6 % du total des réponses, la surtransposition des directives se place tout de même au quatrième rang des facteurs de complexité parmi ceux proposés dans le questionnaire à choix multiples.

Ces résultats nuancent ceux de l'enquête qualitative puisqu'ils étaient seulement 4 interviewés, soit seulement 19 %, à viser la surtransposition comme facteur de complexité à part entière⁵⁷⁷.

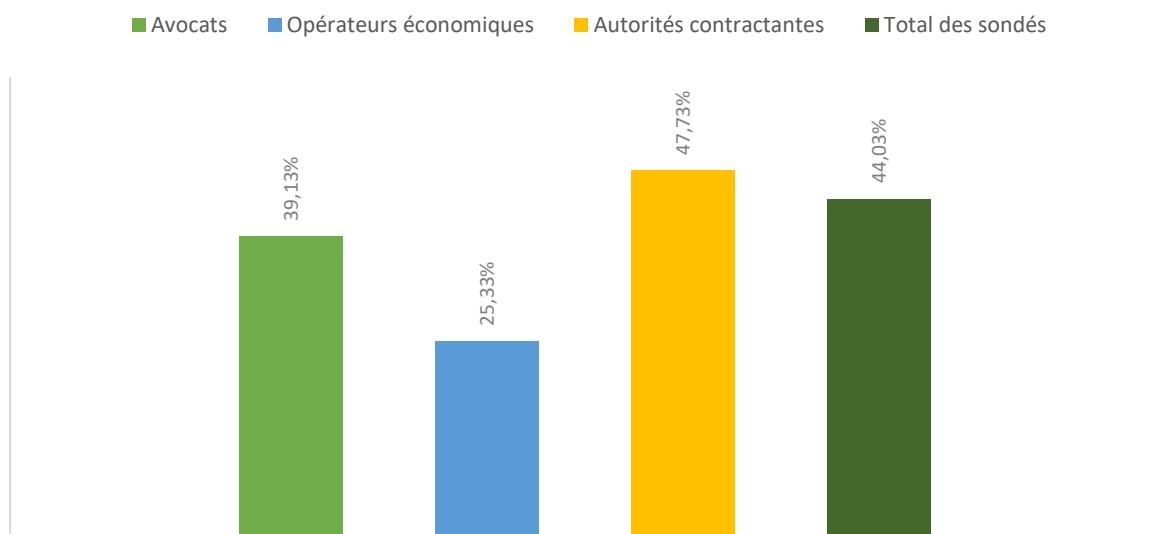
Figure 2.35 : Tableau comparatif de réponses relatives la « surtransposition des directives européennes »

<i>Catégories de sondés</i>	Nb de réponses	Nb total de sondés / catégorie	Valeur en % (nb de sondés)
Avocats	18	46	39,1
Opérateurs économiques	19	75	25,3
Autorités contractantes	210	440	47,7
Total	247	561	44

⁵⁷⁶ Soit 247 sur 561 sondés.

⁵⁷⁷ 2 AC, 1 OE, et 1 AU interviewés.

Figure 2.36 : Répartition proportionnelle entre les catégories de sondés ayant coché « la surtransposition des directives européennes » dans le questionnaire à choix multiples



Analyse. Le tableau (**Figure 2.35**) et le graphique (**Figure 2.36**) ci-dessus permettent d’observer que la surtransposition divise les sondés. En effet, analysé comme un facteur de complexité par 47 % de la totalité des autorités contractantes, il n’est envisagé que par 25 % des opérateurs économiques et 39,1 % des avocats. Le delta entre la valeur la plus haute et la valeur la plus faible est de 22 %, soit un écart significatif. L’incidence de la surtransposition des directives est manifestement plus élevée pour autorités contractantes qui sont, en quelque sorte, le premier « maillon » de la chaîne dans l’application des exigences européennes et nationales. Dans l’état du droit et de la doctrine, un remède à ce facteur de complexité était alors envisagé : celui d’adopter une politique plus ambitieuse de lutte contre la surtransposition, sans aller jusqu’à adopter la stratégie anglaise de « *copy-out* » (copier-coller) des directives qui prévalait jusqu’au *Brexit*⁵⁷⁸.

Explications. Parmi les 433 commentaires, seulement 9⁵⁷⁹ mentionnent spontanément le phénomène de surtransposition des directives européennes par le législateur national aux moyens d’expression très proches, les sondés visant la « *surtransposition des directives* »

⁵⁷⁸ Sur ce point : A. SANCHEZ-GRAELLS, « The copy-out of Directive 2014/24/EU in the UK and its limited revision despite the imminence of Brexit », *PPLR* 2019, n° 5, p. 186.

⁵⁷⁹ 6 AC, 2 OE, et 1 AV. Parmi eux, une autorité contractante évoque la « *surtransposition de la circulaire de 2014* ». On suppose qu’elle fait référence à la directive Marchés de 2014.

europeennes »⁵⁸⁰ ou une transposition jugée « *plus contraignante* »⁵⁸¹, « *plus stricte* »⁵⁸² ou « *plus exigeante* »⁵⁸³ des directives européennes. Abondant dans le même sens, une autorité contractante souligne que « *les directives européennes sont parfois plus souples que le droit interne* », tandis qu'un avocat sondé met en exergue la tendance inverse, à savoir « *l'absence de transposition des directives* ». En substance, la réception du droit de l'Union européen par le droit national serait soit excessive, soit lacunaire.

L'hypothèse la plus pertinente pour expliquer le faible nombre de commentaires est que la formulation de ce facteur de complexité – « *la surtransposition des directives européennes* » – ne rend pas pleinement compte de l'ensemble des difficultés rencontrées par les praticiens. En d'autres termes, cette tendance s'inscrit dans un phénomène plus global de dispersion des règles applicables à la commande publique, à l'instar de l'existence de plusieurs niveaux normatifs.

5. L'existence de plusieurs niveaux normatifs

Données. L'**existence de plusieurs niveaux normatifs se place au cinquième rang des facteurs de complexité, avec 14,9 % de la totalité des réponses. Sur la totalité des sondés, 40,8 % ont coché cette réponse dans le questionnaire à choix multiples.** À la lumière du tableau (**Figure 2.37**) et le graphique (**Figure 2.38**) ci-dessous, on relèvera cependant que la répartition entre les différentes catégories de sondés est relativement équilibrée. En effet, le delta entre la valeur la plus élevée et la valeur la plus faible est de seulement 7 points.

Figure 2.37 : Tableau comparatif de réponses relatives à l'« *existence de plusieurs niveaux normatifs* »

	<i>Catégories de sondés</i>	Nb de réponses	Nb total de sondés / catégorie	Valeur en % (nb de sondés)
Avocats		21	46	45,6
Opérateurs économiques		29	75	38,6
Autorités contractantes		179	440	40,6
Total		229	561	40,8

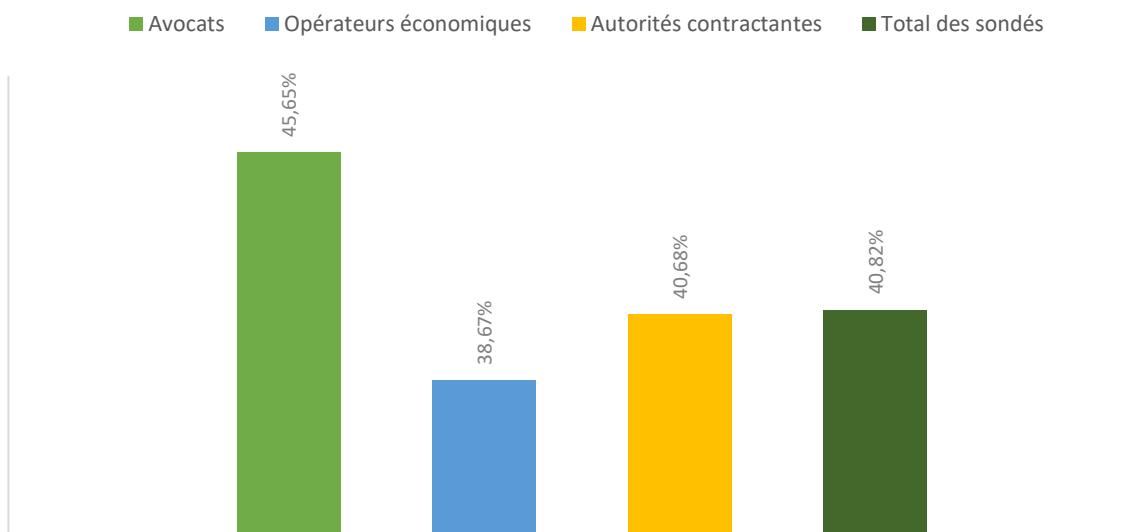
⁵⁸⁰ 1 OE et 1 AV.

⁵⁸¹ 1 AC et 1 OE.

⁵⁸² 1 AC.

⁵⁸³ 1 AC.

Figure 2.38 : Répartition proportionnelle entre les catégories de sondés ayant coché « l’existence de plusieurs niveaux normatifs » dans le questionnaire à choix multiples



Analyse. L’existence de plusieurs niveaux normatifs, l’un national, l’autre européen est analysée comme un facteur de complexité par une minorité de sondés, soit 40,8 % d’entre eux. Une hypothèse peut être formulée pour expliquer ce taux relativement faible : la formulation de ce critère – l’« *existence de plusieurs niveaux normatifs* » – ne semble pas rendre pleinement compte de l’ensemble des difficultés rencontrées par les praticiens, comme le laissaient déjà entrevoir les entretiens. En effet, lors de l’enquête qualitative, les interviewés ne faisaient pas état de l’existence de plusieurs niveaux normatifs. Ils visaient, plus largement, la fragmentation des normes applicables⁵⁸⁴ et les incohérences subséquentes⁵⁸⁵. On peut en déduire que l’existence de plusieurs niveaux normatifs s’inscrit dans une problématique plus générale tenant aussi bien à l’éparpillement des règles applicables à la commande publique dans plusieurs *corpus* juridiques, qu’au manque de cohérence entre ces dernières. Cette hypothèse est confirmée, à double titre, par les commentaires des sondés.

Explications. On constate, d’abord, que l’existence de plusieurs niveaux normatifs est rarement mentionnée dans les commentaires. En effet, seules 4 autorités contractantes envisagent spontanément la superposition « *des normes nationales et européennes* »⁵⁸⁶ ou

⁵⁸⁴ 4 AC, 3 OE, 2 AV, et 1 AU interviewés.

⁵⁸⁵ 4 AC, 3 OE, 2 AV, et 1 AU interviewés.

⁵⁸⁶ 1 AC.

« entre le droit européen et le droit national qui oblige à une surveillance constante »⁵⁸⁷, « la multiplication des textes (nationaux et européens) qui traitent tout ou partie de la commande publique »⁵⁸⁸, sinon la « publication des règlements européens contenant des dispositions sectorielles relatives aux marchés publics »⁵⁸⁹ parmi les facteurs de complexité. Sur ce point, une autorité contractante souligne :

« À titre liminaire, il me paraît indispensable de poser le postulat selon lequel le droit de la commande publique est, par nature, complexe en ce sens qu'il trouve sa source dans de nombreuses législations (européenne et nationale) ainsi que dans la jurisprudence. Il l'est aussi parce qu'il a vocation à régir des actes économiques qui interviennent dans un contexte économique et social en constante évolution, ce qui implique de tenir compte de ces évolutions. Par conséquent, il serait malhonnête intellectuellement de soutenir que des réformes pourraient permettre de rendre le droit de la commande publique simple. En revanche, il est clair que le droit de la commande publique tend, de manière incontestable, à se complexifier depuis plusieurs années. »

On observe, ensuite, que de nombreux commentaires visent plutôt la fragmentation formelle des normes et le manque de cohérence entre ces dernières.

Fragmentation formelle. Parmi les 433 sondés à s'être pliés à l'exercice, 28 visent spontanément « l'absence de compilation »⁵⁹⁰ ou de « regroupement »⁵⁹¹ dans un corpus unique de règles entrant dans le champ de la commande publique. Aussi, on compte de nombreux commentaires à mentionner l'*« enchevêtrement »*⁵⁹², la *« dispersion »*⁵⁹³, le *« foisonnement »*⁵⁹⁴, l'*« empilement »*⁵⁹⁵ des règles relatives à la commande publique. À ce sujet, une autorité contractante pointe :

« Un éparpillement et une confusion de dispositions impossibles à concilier dont le seul effet est d'alourdir le texte, priver les acheteurs de liberté

⁵⁸⁷ 1 AC.

⁵⁸⁸ 1 AC.

⁵⁸⁹ 1 AC.

⁵⁹⁰ 1 AV.

⁵⁹¹ 1 AC.

⁵⁹² 1 AC.

⁵⁹³ 1 AV.

⁵⁹⁴ 1 AC.

⁵⁹⁵ 1 AC.

d'acheter mieux et de dissuader les opérateurs économiques les plus vertueux de répondre aux consultations. »⁵⁹⁶

Ces textes sont parfois expressément cités dans les commentaires. Il peut s'agir de normes européennes, comme les directives de 2014⁵⁹⁷ ou le règlement européen relatif aux subventions étrangères⁵⁹⁸, mais aussi d'autres codes (Code général des collectivités territoriales, Code civil, Code du travail), des textes réglementaires, la jurisprudence ou même des outils de droit souple, tels que les guides de la Direction des affaires juridiques.

Au stade de l'état du droit et de la doctrine, un remède à ce facteur de complexité était proposé : réunir dans un seul *corpus* – le Code de la commande publique au niveau national et les directives au niveau européen –, les nombreux textes qui gravitent autour du droit de la commande publique. La technique des renvois entre législations ne saurait être préconisée au sens où il a été démontré qu'elle nuit grandement à la lisibilité des normes.

Manque de cohérence. Un nombre équivalent de commentaires mentionne des « *logiques différentes qui se superposent* »⁵⁹⁹, la « *coexistence de volontés politiques nationale et européenne* »⁶⁰⁰, l'« *absence de cohérence* »⁶⁰¹, sinon l'existence, en droit de la commande publique, de règles « *peu harmonisées* »⁶⁰², « *contradictoires* »⁶⁰³, voire « *pas toutes cohérentes entre elles* »⁶⁰⁴.

Ces résultats sont corroborés par une autre partie du questionnaire dans laquelle les sondés étaient invités à répondre à la question suivante « *identifiez-vous des contradictions entre le Code de la commande publique et d'autres textes ?* ».

Contradictions entre le Code de la commande publique et les autres textes. Sur les 286 sondés à avoir répondu à cette question, on trouve 182 réponses positives

⁵⁹⁶ 1 AC.

⁵⁹⁷ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) ; Directive 2014/24/UE du Parlement et du Conseil du 26 février 2016 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) ; Directive 2014/25/UE du Parlement et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE).

⁵⁹⁸ Règlement (UE) 2022/2560 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2022 relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur.

⁵⁹⁹ 1 OE.

⁶⁰⁰ 1 AC.

⁶⁰¹ 3 AC.

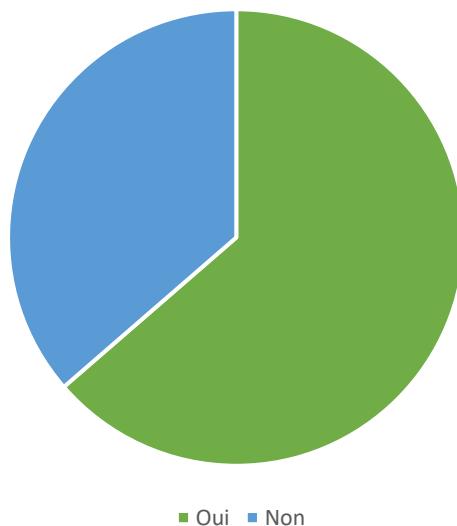
⁶⁰² 2 AC.

⁶⁰³ 3 AC.

⁶⁰⁴ 1 AC.

contre 104 réponses négatives. Ainsi que l'illustre le graphique ci-dessous (**Figure 2.39**), la majorité des répondants à cette question, soit 63,6 % d'entre eux, estime que le Code de la commande publique contredit ou est contredit par d'autres textes.

Figure 2.39 : Répartition proportionnelle entre les réponses positives et négatives à la question « *identifiez-vous des contradictions entre le Code de la commande publique et d'autres textes ?* »

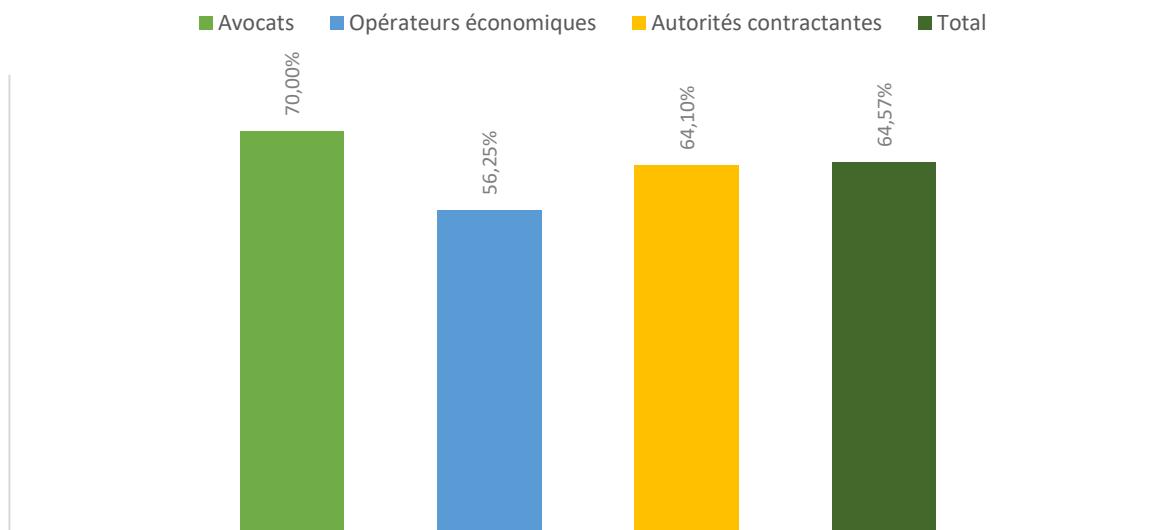


Si ce constat est majoritaire pour l'ensemble des sondés, il n'en existe pas moins certaines disparités entre les catégories, ainsi que l'illustrent le tableau (**Figure 2.40**) et le graphique **Figure 2.41**) ci-après.

Figure 2.40 : Tableau comparatif de réponses positives relatives aux contradictions entre le Code de la commande publique et les autres textes

	<i>Catégories de sondés</i>	Nb de réponses	Nb total de sondés / catégorie	Valeur en % (nb de sondés)
Avocats		14	20	70
Opérateurs économiques		18	32	56,2
Autorités contractantes		150	234	64,1
Total		182	286	64,5

Figure 2.41 : Répartition proportionnelle entre les catégories de sondés ayant coché « oui » à la question « identifiez-vous des contradictions entre le Code de la commande publique et d'autres textes ? »



On constate que 70 % d'avocats, 64,1 % d'autorités contractantes et seulement 56,2 % d'opérateurs économiques ont répondu positivement à la question de savoir s'ils identifiaient des contradictions entre le Code de la commande publique et d'autres textes. Il est difficile de formuler une hypothèse pour expliquer l'incidence plus élevée de ce facteur de complexité pour les avocats et les autorités contractantes que pour les opérateurs économiques. Il est vrai, toutefois, que ces derniers sont moins « acteurs » de la commande publique que les autorités contractantes.

Dans cette partie, les sondés étaient invités à formuler des commentaires sur cette question : ils sont 153 à s'être prêtés à l'exercice. Ces commentaires visent près de 33 textes ou *corpus* de textes, ainsi que 3 autres éléments, soit 36, recensés dans le tableau suivant :

Figure 2.42 : Tableau recensant les réponses relatives aux contradictions entre le Code de la commande publique et les autres textes

	AV	AC	OE	Total
Code des assurances	0	43	0	43
Droit de l'Union européenne	2	13	3	18
Code de commerce	1	9	3	13
Code général des collectivités territoriales (CGCT)	3	6	1	10
Code du travail	2	6	1	10
Loi du 30 octobre 2018 dite « Egalim » ⁶⁰⁵	0	10	0	10
Code de l'urbanisme	2	2	0	4

⁶⁰⁵ Loi n° 2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous, *JORF* n° 253 du 1 novembre 2018.

Cahier des clauses administratives générales (CCAG)	0	2	1	3
Code de la santé publique	1	1	1	3
Code de l'énergie	0	3	0	3
Code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP)	0	2	1	3
Circulaires	0	3	0	3
Code de la construction et l'habitat	0	1	1	2
Code des relations entre le public et l'administration (CRPA)	0	2	0	2
Code civil	0	1	1	2
Code des transports	0	1	1	2
Loi du 22 août 2021 dite « Climat et Résilience » ⁶⁰⁶	0	2	0	2
Loi du 23 octobre 2023 dite « Industrie verte » ⁶⁰⁷	0	2	0	2
Code de la consommation	0	1	0	1
Code de la sécurité sociale	0	1	0	1
Code pénal	1	0	0	1
Code de la sécurité intérieure	0	1	0	1
Code de l'action sociale et des familles (CASF)	0	1	0	1
Code de la recherche	0	1	0	1
Code de justice administrative (CJA)	1	0	0	1
Réglementation relative à l'archivage	0	1	0	1
Loi du 22 mai 2019 dite « PACTE » ⁶⁰⁸	0	1	0	1
Loi du 22 février 2020 dite « AGEC » ⁶⁰⁹	0	1	0	1
Loi du 12 juillet 1985 dite « MOP » ⁶¹⁰	0	1	0	1
Loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance ⁶¹¹	0	1	0	1
Loi du 29 décembre 2023 de finances pour 2024 ⁶¹²	0	1	0	1
Loi du 10 mars 2023 relative à l'accélération de la production d'énergies renouvelables ⁶¹³	0	1	0	1
Constitution	0	1	0	1
Jurisprudence	0	8	0	8
Cours régionales des comptes	0	3	0	3
Fiches / recommandations de la DAJ	0	2	0	2

- **Code des assurances.** Sur les 153 sondés à avoir formulé un commentaire, près d'un tiers (43 au total) éprouve des difficultés à articuler les dispositions du Code de la commande publique avec celle du Code des assurances. Plusieurs sondés estiment, en effet, que le Code des assurances « *déséquilibre les relations contractuelles* » en défaveur des autorités contractantes⁶¹⁴. Les sondés précisent que les assureurs « *opposent* »⁶¹⁵ les dispositions du Code des assurances pour déroger aux clauses

⁶⁰⁶ Loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets, *JORF* n° 0196 du 24 août 2021.

⁶⁰⁷ Loi n° 2023-973 du 23 octobre 2023 relative à l'industrie verte, *JORF* n° 0247 du 24 octobre 2023.

⁶⁰⁸ Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, *JORF* 0119 du 23 mai 2019.

⁶⁰⁹ Loi n° 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire, *JORF* n° 0035 du 11 février 2020.

⁶¹⁰ Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée.

⁶¹¹ Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance.

⁶¹² Loi n° 2023-1322 du 29 décembre 2023 de finances pour 2024, *JORF* n° 0303 du 30 décembre 2023.

⁶¹³ Loi n° 2023-175 du 10 mars 2023 relative à l'accélération de la production d'énergies renouvelables, *JORF* n° 0060 du 11 mars 2023.

⁶¹⁴ 1 AC.

⁶¹⁵ 1 AC.

prévues dans les marchés publics⁶¹⁶ ou imposer « *unilatéralement* » des conditions, voire procéder à une « *résiliation inopinée* » du contrat⁶¹⁷. En définitive, le pouvoir de résiliation unilatérale pour motif d'intérêt général, reconnu aux personnes publiques par les dispositions de l'article L. 6 du Code de la commande publique, entrerait en contradiction avec la faculté reconnue à l'assureur de dénoncer le contrat d'assurance⁶¹⁸. D'autres sondés estiment enfin que l'obligation de passer les contrats d'achat d'assurance en procédure d'appel d'offres – qui fait obstacle à la négociation – est « *très défavorable aux collectivités publiques* »⁶¹⁹, avant d'appeler à une « *mise en concurrence simplifiée (sur devis)* »⁶²⁰.

- **Droit de l'Union européenne.** 18 sondés soulèvent des contradictions entre le droit de l'Union européenne et le Code de la commande publique. Certains visent, de manière très générale, les directives européennes de 2014⁶²¹. D'autres, en revanche, sont plus précis, qu'ils évoquent, par exemple, des divergences relatives à la notion de « *nature globale du contrat* », uniquement mentionnée dans le régime français des modifications⁶²², ou qu'ils soulignent que l'interprétation française de la notion de modification substantielle peut sembler plus « *permissive* » que celle de la jurisprudence européenne⁶²³. Ils peuvent également mettre en lumière des difficultés concernant la notion de « *sous-traitance* », absente des dispositions du Code de la commande publique relatives aux contrats de concession⁶²⁴, alors qu'elle figure dans la directive afférente⁶²⁵, ainsi que l'existence d'entités issues de pays tiers et reconnues par le droit de l'Union européenne, mais ne répondant à aucune disposition du cadre juridique interne relatif à la sous-traitance⁶²⁶. Dans le prolongement de cette idée, 3 autorités contractantes sondées évoquent, à l'instar de certains interviewés, le règlement européen relatif aux subventions étrangères⁶²⁷ supposément plus strict que les dispositions du Code de la commande publique. Enfin, certains visent des

⁶¹⁶ 1 AC.

⁶¹⁷ 2 AC.

⁶¹⁸ 1 AC.

⁶¹⁹ 1 AC.

⁶²⁰ 1 AC.

⁶²¹ 3 AC.

⁶²² 1 AC.

⁶²³ 1 OE.

⁶²⁴ 1 AC.

⁶²⁵ Dir. 2014/23/UE, *préc.*, art. 42.

⁶²⁶ 3 AC.

⁶²⁷ Règlement (UE) 2022/2560 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2022 relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur.

« réglementations européennes » sectorielles à l'image de la *Directive-cadre sur l'eau*⁶²⁸ qui impose des agréments dans l'analyse de la qualité de l'eau, contredisant ainsi l'obligation faite aux autorités contractantes par le Code de la commande publique d'accepter des équivalents aux labels qu'elles imposent aux soumissionnaires⁶²⁹, ou encore plusieurs règlements européens⁶³⁰ qui comportent au moins une disposition relative aux marchés publics écologiques dont la compatibilité avec les règles de la commande publique peut apparaître douteuse⁶³¹.

- **Code de commerce.** Ils sont 13 sondés à évoquer des hiatus entre le Code de la commande publique et le Code de commerce. Certains mentionnent, sans autre précision, les délais de paiement⁶³², la désignation du commissaire aux comptes⁶³³, l'obligation de créer une société dédiée pour l'exploitation d'une concession⁶³⁴ ou encore les difficultés suscitées par l'exécution des contrats privés de la commande publique au regard du Code de commerce⁶³⁵. Certains sont plus diserts lorsqu'ils soulignent que la rupture des relations commerciales établies – laquelle engage la responsabilité de son auteur en vertu des dispositions de l'article L. 442-1 du Code de commerce – entre en contradiction avec l'obligation de remise en concurrence périodique des contrats de la commande publique⁶³⁶, ou lorsqu'ils visent la situation des sociétés publiques locales et des sociétés d'économie mixte tiraillées entre le respect dû

⁶²⁸ Directive 2000/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau.

⁶²⁹ 1 AC.

⁶³⁰ Plusieurs sont cités : le règlement (UE) 2024/1610 du Parlement européen et du Conseil du 14 mai 2024 modifiant le règlement (UE) 2019/1242 en ce qui concerne le renforcement des normes de performance en matière d'émissions de CO₂ pour les véhicules utilitaires lourds neufs et intégrant des obligations de déclaration, modifiant le règlement (UE) 2018/858 et abrogeant le règlement (UE) 2018/956 (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) ; le règlement (UE) 2024/1735 du Parlement européen et du Conseil du 13 juin 2024 relatif à l'établissement d'un cadre de mesures en vue de renforcer l'écosystème européen de la fabrication de produits de technologie «zéro net» et modifiant le règlement (UE) 2018/1724 (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) ; le Règlement (UE) 2024/1781 du Parlement européen et du Conseil du 13 juin 2024 établissant un cadre pour la fixation d'exigences en matière d'écoconception pour des produits durables, modifiant la directive (UE) 2020/1828 et le règlement (UE) 2023/1542 et abrogeant la directive 2009/125/CE (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) ; le Règlement (UE) 2024/3110 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2024 établissant des règles harmonisées de commercialisation pour les produits de construction et abrogeant le règlement (UE) n° 305/2011 (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) ou encore le règlement (UE) 2025/40 du Parlement européen et du Conseil du 19 décembre 2024 relatif aux emballages et aux déchets d'emballages, modifiant le règlement (UE) 2019/1020 et la directive (UE) 2019/904, et abrogeant la directive 94/62/CE (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE).

⁶³¹ 1 AC.

⁶³² 1 AC.

⁶³³ 1 AC.

⁶³⁴ 1 OE.

⁶³⁵ 1 AC.

⁶³⁶ 1 AC.

aux dispositions du Code de la commande publique et les objectifs d'entreprise privée qui leur sont fixés⁶³⁷.

- **Code général des collectivités territoriales.** Plusieurs des 10 sondés à viser le Code général des collectivités territoriales s'en expliquent dans leurs commentaires. L'organisation des commissions d'appel d'offres, imposée par le Code général des collectivités territoriales, constitue un point de divergence avec le Code de la commande publique identifié par 2 autorités contractantes sondées⁶³⁸. Dans le prolongement de cette idée, une autre autorité contractante expose ses difficultés à articuler l'exigence de présentation à cette commission des avenants d'un montant supérieur à 5% du prix initial (article L. 1414-2 du Code général des collectivités territoriales), avec le raisonnement « *avenant par avenant* »⁶³⁹ promu par le Code de la commande publique. Enfin, un opérateur économique souligne d'autres obligations prévues par le Code général des collectivités territoriales pouvant entrer en conflit avec les délais ou les procédures du Code de la commande publique. Il cite la délégation de compétences, l'approbation ou les délais de transmission de certains actes, ainsi que certaines règles de la comptabilité publique qui contrarient la souplesse contractuelle voulue par le Code de la commande publique en matière de délai de paiement, d'avances ou d'acomptes⁶⁴⁰.
- **Code du travail.** Sur les 153 sondés à avoir formulé un commentaire, 10 d'entre eux visent les contrariétés entre le Code de la commande publique et le Code du travail. Il existe, par exemple, des problématiques liées à la temporalité de certaines procédures, comme la déclaration de détachement des salariés⁶⁴¹ ou la vérification des motifs d'exclusion qui doit, selon le Code de la commande publique, s'opérer en phase candidature lors même que, selon le Code du travail, certains documents ne peuvent être exigés qu'à l'ouverture du chantier⁶⁴². Dans une logique identique, le Code du travail impose certaines formalités pourtant absentes du Code de la commande publique. Il en va ainsi de la consultation du Comité social et économique (CSE)⁶⁴³ ou de la fourniture de documents spécifiques, comme le formulaire *K bis* dans le cadre de l'obligation de vigilance⁶⁴⁴, sans oublier les nombreux renvois du Code de la commande publique vers

⁶³⁷ 1 AC.

⁶³⁸ 2 AC.

⁶³⁹ 1 AC.

⁶⁴⁰ 1 OE.

⁶⁴¹ 1 AC.

⁶⁴² 1 AC.

⁶⁴³ 1 AC.

⁶⁴⁴ 1 AC.

le Code du travail pour déterminer les pièces à réclamer à l'attributaire⁶⁴⁵. Enfin, un opérateur économique ne manque pas de souligner des difficultés d'articulation entre les règles du Code de la commande publique applicables au changement de prestataire et l'obligation de transfert de salariés des articles L.1224-1 et suivants du Code du travail ou encore en matière de reprise du personnel. Ce dernier détaille :

*« [I]orsqu'on passe d'un opérateur économique classique à un prestataire de marché réservé (ESAT, entreprises adaptées, etc.) et inversement, il est difficile de savoir précisément si la reprise de personnel s'applique et si oui comment. Il faut se plonger dans les règles du droit du travail, sa jurisprudence et les conventions collectives, ce qui complexifie la matière. »*⁶⁴⁶

- **Loi du 30 octobre 2018 dite « Egalim ».** 10 autorités contractantes signalent, sans apporter de précision, les difficultés qu'elles éprouvent à concilier d'une part l'objectif de provenance géographique française et la promotion des circuits courts par la *loi Egalim* et d'autre part l'interdiction du localisme sous-tendue par le principe de non-discrimination en raison de l'origine ou de la provenance issue du droit de la commande publique⁶⁴⁷.
- **Code de l'urbanisme.** Parmi les 153 sondés, 4 mentionnent des contradictions entre le Code de la commande publique et le Code de l'urbanisme, sans en dire davantage.
- **CCAG.** Sur les 3 sondés à avoir visé les CCAG, 2 s'en expliquent. Pour une autorité contractante sondée, il existe une contradiction entre, d'une part, l'article 14.2 du CCAG maître d'œuvre qui permet de notifier, par ordres de service, les prestations supplémentaires et modificatives au maître d'œuvre et le caractère définitif du prix de ces prestations si le maître d'œuvre n'a pas transmis ses observations dans le délai imposé, et, d'autre part, l'article L.2432-2 du Code de la commande publique qui impose une modification conventionnelle des honoraires en cas de modification de prestations. Elle évoque également les articles 21.1 et 21.2 du CCAG Travaux qui laissent entendre que le marché peut fixer la provenance des matériaux, produits ou composants de construction, tandis que l'article R.2111-7 du Code de la commande publique interdit de faire référence dans le marché à une provenance ou origine déterminée⁶⁴⁸. Pour sa part, un opérateur économique évoque, sans beaucoup de

⁶⁴⁵ 1 OE.

⁶⁴⁶ 1 OE.

⁶⁴⁷ 10 AC.

⁶⁴⁸ 1 AC.

précision, certains points du CCAG travaux entrant en contradiction avec le Code de la commande publique. Il cite, pour exemple, l'interruption ou la suspension des délais lorsqu'un mode alternatif de règlement des litiges est mis en œuvre⁶⁴⁹.

- **Code de la santé publique.** Seul un des 3 sondés à viser le Code de la santé publique précise que certaines de ses dispositions en matière de convention avec les laboratoires contrarient le Code de la commande publique⁶⁵⁰.
- **Code de l'énergie.** Les 3 sondés évoquant le Code de l'énergie précisent les éventuelles contrariétés avec le Code de la commande publique. Ils exposent que certaines règles, par exemple celles relatives à l'achat d'énergie, ne figurent pas dans le Code de la commande publique⁶⁵¹. Ils éprouvent parfois des difficultés à articuler les dispositifs prévus par le Code de l'énergie, à l'image de l'achat d'électricité en autoconsommation collective, avec les règles du droit de la commande publique⁶⁵². L'un d'eux fait également mention d'une incompatibilité entre le modèle de convention de raccordement prévu à l'article L. 342-22 du Code de l'énergie et l'établissement d'un marché public⁶⁵³.
- **Code général de la propriété des personnes publiques.** Seul un des 3 sondés ayant mentionné ce Code souligne la contradiction entre l'inaliénabilité des propriétés et les garanties offertes au titulaire d'un marché global ou de partenariat par le Code de la commande publique⁶⁵⁴.
- **Circulaires des ministères.** 3 sondés visent les circulaires. Parmi eux, une autorité contractante souligne que « *les textes non normatifs (circulaires ne faisant pas grief) sont par moment en contradiction avec les normes en vigueur (parfois, cela tient à certaines formulations pouvant être mal interprétées)* »⁶⁵⁵.
- **Code de la construction et de l'habitat.** Parmi les 2 sondés à envisager le Code de la construction et de l'habitat, un opérateur économique mentionne les dispositions de l'article L. 433-2 de ce code précisant, à propos du recours à la VEFA, que les demandes de permis de construire doivent avoir été déjà déposées. Selon lui, ces dispositions sont

⁶⁴⁹ 1 OE.

⁶⁵⁰ 1 AC.

⁶⁵¹ 1 AC.

⁶⁵² 1 AC.

⁶⁵³ 1 AC.

⁶⁵⁴ 1 AC.

⁶⁵⁵ 1 AC.

plus restrictives que le cadre actuel de la commande publique, notamment au regard de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne⁶⁵⁶.

- **Code des relations entre le public et l'administration.** Les 2 autorités contractantes sondées à envisager le Code des relations entre le public et l'administration pointent la contradiction, ou, à tout le moins l'« *incohérence entre les dispositions du code de la commande publique portant sur l'information des candidats évincés* [articles R. 2181-1 à R. 2181-6] *et celles du code des relations entre le public et l'administration* [article L. 300-1] »⁶⁵⁷, sans s'en expliquer davantage.
- **Code civil.** Les 2 sondés – une autorité contractante et un opérateur économique – à mentionner le Code civil n'ont apporté aucune précision quant aux dispositions pouvant entrer en contradiction avec celles du Code de la commande publique.
- **Code des transports.** Parmi les 2 sondés à envisager le Code des transports, seul l'opérateur économique précise que ses dispositions relatives à la « *passation des marchés de conception-réalisation, pour SNCF Réseau par exemple* » peuvent contredire celles du Code de la commande publique dédiées à ce montage contractuel.
- **Loi du 22 août 2021 dite « Climat et résilience ».** Seulement 2 sondés visent expressément la loi « *Climat et Résilience* ». L'un d'eux précise que la prise en compte des enjeux environnementaux imposée par ce texte heurte le principe de non-discrimination issu du droit de la commande publique. On relèvera toutefois que certains sondés évoquent également les « *aspects liés aux objectifs de développement durable* »⁶⁵⁸ ou encore « *les obligations environnementales* »⁶⁵⁹ qui contredisent les principes de la commande publique. À ce sujet, une autorité contractante sondée évoque l'adoption :

« *de plus en plus de textes en faveur du développement durable dont les dispositions vont à l'encontre des règles de la commande publique et demandent une manipulation du droit de la commande publique très précise pour permettre un résultat (interdiction de localisme face aux achats de denrées locaux et bio, obligation d'achat d'articles en matières recyclées,*

⁶⁵⁶ 1 OE. Ce dernier cite l'arrêt du 22 avril 2021, *Commission européenne contre République d'Autriche*, aff. C-537/19.

⁶⁵⁷ 2 AC.

⁶⁵⁸ 1 AC.

⁶⁵⁹ 1 AC.

dernière jurisprudence interdisant des spécifications techniques trop précises). »⁶⁶⁰

- **Loi du 23 octobre 2023 dite « Industrie verte ».** Dans le prolongement des propos précédents, 2 autorités contractantes sondées mentionnent la loi « *Industrie verte* », sans apporter davantage de précision sur les dispositions de ce texte pouvant contrarier celles du Code de la commande publique.
- **Autres textes :** plusieurs textes portant en germe des contradictions avec le Code de la commande publique sont mentionnés par les sondés. Dans la mesure où ils réunissent un seul sondé à chaque fois, ces textes ne seront pas envisagés dans le détail, mais simplement énumérés. Parmi eux, on compte le Code de la consommation⁶⁶¹, le Code de la sécurité sociale⁶⁶², le Code pénal⁶⁶³, le Code de la sécurité intérieure⁶⁶⁴, le Code de l'action sociale et des familles⁶⁶⁵, le Code de la recherche⁶⁶⁶, le Code de justice administrative⁶⁶⁷, la réglementation relative à l'archivage administratif⁶⁶⁸, la loi du 22 mai 2019 dite « *PACTE* »⁶⁶⁹, la loi du 20 février 2020 dite « *AGEC* »⁶⁷⁰, la loi du 12 juillet 1985 dite « *MOP* »⁶⁷¹, la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance⁶⁷², la loi du 29 décembre 2023 de finances pour 2024⁶⁷³, la loi du 10 mars 2023 relative à l'accélération de la production d'énergies renouvelables,⁶⁷⁴ ou encore la Constitution⁶⁷⁵.

⁶⁶⁰ 1 AC.

⁶⁶¹ L'autorité contractante sondée précise « *les dispositions relatives au paiement* ».

⁶⁶² 1 AC.

⁶⁶³ 1 AV.

⁶⁶⁴ 1 AC.

⁶⁶⁵ 1 AC.

⁶⁶⁶ 1 AC.

⁶⁶⁷ 1 AV.

⁶⁶⁸ L'autorité contractante sondée précise : « *les archives nationales n'acceptent que des dossiers papiers ou des dossiers de marchés intégralement dématérialisés. Or, la règle du Code de la commande publique (annexe 12) selon laquelle la signature électronique du marché n'est pas obligatoire provoque une situation hybride (dossier de passation dématérialisé, mais finalisation du contrat et son exécution en papier) refusée par les archives publiques*

⁶⁶⁹ L'autorité contractante sondée précise « *la suppression pour les entreprises de donner l'extrait Kbis : non applicable au droit de la commande publique* ».

⁶⁷⁰ 1 AC.

⁶⁷¹ 1 AC.

⁶⁷² L'autorité contractante sondée rappelle que si ce texte autorise la sous-traitance totale pour les marchés privés de la commande publique, le code de la commande publique y fait obstacle.

⁶⁷³ L'autorité contractante sondée souligne la contradiction entre l' « *interdiction d'une préférence régionale* » issue de la commande publique et l'obligation faite aux collectivités territoriales par la loi de finances 2024 d'établir un « *budget vert* ».

⁶⁷⁴ 1 AC.

⁶⁷⁵ 1 AC.

- **Jurisprudence.** Parmi les 153 sondés, **8 estiment que la jurisprudence entre en contradiction avec les dispositions du Code de la commande publique.** Parmi eux, 4 apportent des précisions dans leurs commentaires : ils visent soit la jurisprudence relative aux trois devis⁶⁷⁶, soit la «*jurisprudence financière*»⁶⁷⁷, soit les contradictions entre les jurisprudences judiciaire et administrative⁶⁷⁸.
- **Cours régionales des comptes.** 3 sondés mentionnent les «*remarques*»⁶⁷⁹ ou les «*exigences parfois contradictoires*»⁶⁸⁰ des cours régionales des comptes, par exemple en ce qui concerne la traçabilité des achats ayant bénéficié de la *loi ASAP*, étant entendu que les dispositions de ce texte sont silencieuses à cet égard⁶⁸¹.
- **Fiches / recommandations de la Direction des affaires juridiques de Bercy.** Enfin, **2 autorités contractantes sondées visent les recommandations ou les fiches de la Direction des affaires juridiques de Bercy, l'une d'elles illustrant son propos avec la question de l'exclusivité des accords-cadres**⁶⁸².

6. La multiplicité des procédures de passation

Données. La multiplicité des procédures de passation se situe au sixième rang des facteurs de complexité proposés dans le questionnaire à choix multiples, avec un taux de réponse de 10,6 %. Parmi les sondés à avoir répondu au questionnaire à choix multiples, ils sont 37 % à identifier la multiplicité des procédures de passation comme un facteur de complexité.

Figure 2.43 : Tableau comparatif de réponses relatives la « *multiplicité des procédures de passation* »

	Nb de réponses	Nb total de sondés / catégorie	Valeur en % (nb de sondés)
<i>Catégories de sondés</i>			
Avocats	21	46	43,4
Opérateurs économiques	29	75	38,6
Autorités contractantes	179	440	36,1
Total	229	561	40,8

⁶⁷⁶ 2 AC.

⁶⁷⁷ 1 AC.

⁶⁷⁸ 1 AC.

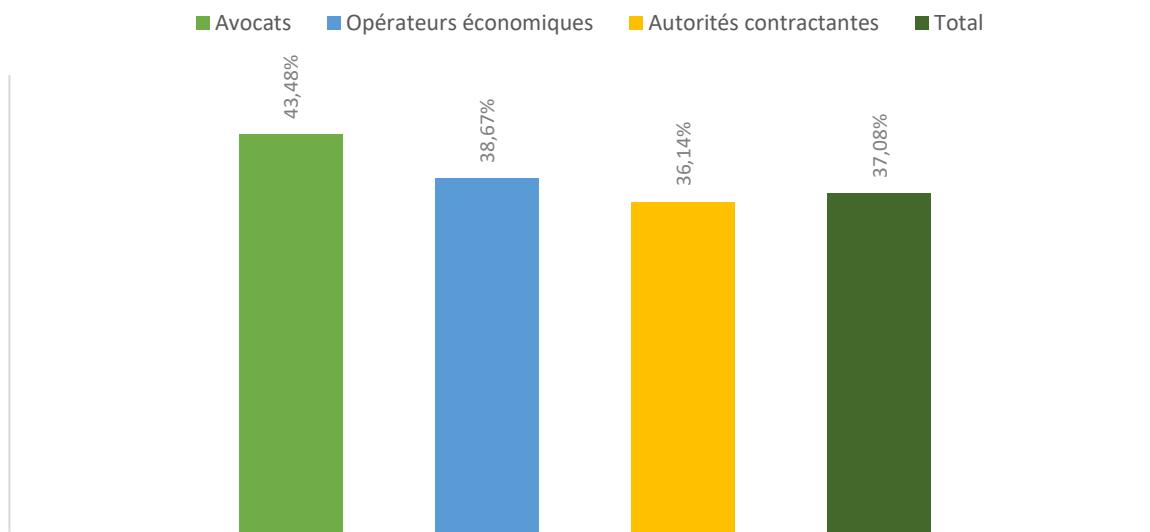
⁶⁷⁹ 1 AC.

⁶⁸⁰ 1 AC.

⁶⁸¹ 1 AC.

⁶⁸² 1 AC.

Figure 2.44 : Répartition proportionnelle entre les catégories de sondés ayant coché « la multiplicité des procédures de passation » dans le questionnaire à choix multiples



Analyse. Une minorité de sondés, soit à peine plus d'un tiers, vise la multiplicité des procédures de passation. Ces résultats ne sont guère éloignés des ceux de l'enquête qualitative puisque 33,3 % des interviewés⁶⁸³ réclamaient une révision des procédures de passation et/ou des seuils de dispense de publicité et de mise en concurrence.

Le tableau (**Figure 2.43**) et le graphique (**Figure 2.44**) ci-dessus permettent d'observer une répartition relativement équilibrée entre les catégories de sondés sur cette question. Il est aisément compréhensible que les sondés s'accordent sur ce facteur de complexité au sens où la multiplicité des procédures de passation touche aussi bien les autorités contractantes qui les initient et les opérateurs économiques qui y participent.

Explications. Dans leurs commentaires, 26 sondés (soit environ 6 %) identifient spontanément cette « *différence* »⁶⁸⁴, cette « *variété* »⁶⁸⁵, ce « *recueil* »⁶⁸⁶, cette « *diversité* »⁶⁸⁷, cette « *multiplicité* »⁶⁸⁸ des procédures comme un facteur de complexité du droit de la commande publique. Les expressions employées sont relativement proches, même si certains

⁶⁸³ 2 AC, 4 OE, et 1 AV.

⁶⁸⁴ 6 AC.

⁶⁸⁵ 1 OE.

⁶⁸⁶ 1 AC.

⁶⁸⁷ 1 AC.

⁶⁸⁸ 1 AC.

visent le nombre important de procédures (« *trop de procédures* »⁶⁸⁹ ou un « *grand nombre de procédures* »⁶⁹⁰), tandis que d'autres évoquent leurs « *multiples formes* »⁶⁹¹ ou encore l'existence de « *procédures à géométrie variable* »⁶⁹². À ce sujet, une autorité contractante souligne que cette multiplicité des procédures « *interroge sur la logique poursuivie et leur cohérence* »⁶⁹³, tandis qu'une autre considère qu'elle reflète une absence de « *vision stratégique ou d'objectifs globaux* ».

D'autres facteurs de complexité spontanément identifiés par les sondés dans leurs commentaires recoupent largement la question de la multiplicité des procédures : la diversité des seuils, la rigidité des procédures ainsi que leur manque de clarté.

Diversité des seuils. On ne compte pas moins de 63 commentaires (soit environ 14 %) à spontanément envisager les seuils comme un facteur de complexité.

Plus de la moitié de ces commentaires, soit 32 d'entre eux, sont d'ordre quantitatif. Certains visent la « *pléthore* »⁶⁹⁴, la « *diversité* »⁶⁹⁵, la « *multitude* »⁶⁹⁶ ou encore la « *multiplicité* »⁶⁹⁷ de seuils, d'autres évoquent leur « *hétérogénéité* »⁶⁹⁸, leur « *variété* »⁶⁹⁹, leur absence d'harmonisation⁷⁰⁰ ou encore leur instabilité. À ce sujet, une autorité contractante fustige « *les changements incompréhensibles des seuils de procédure (et par incidence le seuil du contrôle de légalité)* », tandis qu'une autre s'agace du « *raisonnement par seuil plutôt que par l'importance de la structure ou de l'objet du marché* ».

On trouve également 11 commentaires à viser la computation de ces seuils comme un facteur de complexité, sinon une « *source d'erreur* »⁷⁰¹ pour les acheteurs, voire un moyen de contourner les règles. À ce sujet, une autorité contractante sondée met en exergue :

« [L]e manque d'information claire sur la computation des seuils, notamment au niveau de l'unité fonctionnelle, soulève certaines ambiguïtés permettant

⁶⁸⁹ 3 AC.

⁶⁹⁰ 1 AC.

⁶⁹¹ 1 AC.

⁶⁹² 1 AC.

⁶⁹³ 1 AC.

⁶⁹⁴ 1 AC.

⁶⁹⁵ 1 AC.

⁶⁹⁶ 2 AC.

⁶⁹⁷ 4 AC.

⁶⁹⁸ 1 OE.

⁶⁹⁹ 1 AC.

⁷⁰⁰ 2 AC.

⁷⁰¹ 1 AC.

aux acheteurs d'échapper à la mise en concurrence au nom d'une finalité différente alors que le besoin est le même. »⁷⁰²

Une autorité contractante propose un autre élément d'explication. Selon elle, la « computation des seuils » est « inégalement appliquée » parce qu'elle n'est « pas adaptée à toutes les tailles de structures. Ainsi, les acheteurs frileux passent plus de 50% de leur temps à recenser et mettre ces informations dans des tableaux plutôt que de se préoccuper de la performance de l'achat (Métropole de Lyon par exemple qui a le processus le plus lourd) ».

Enfin, une petite proportion de sondés⁷⁰³ critique les seuils trop bas ou trop faibles eu égard à leur inadaptation « au regard du contexte économique actuel (inflation) »⁷⁰⁴.

Rigidité des procédures. Au-delà de ces critiques « quantitatives », 43 commentaires mentionnent spontanément la rigidité ou la complexité des procédures et 47 plus spécifiquement le manque de négociation.

Sur le premier point, les qualificatifs ne manquent pas pour décrire les procédures applicables en matière de commande publique et plus spécifiquement pour la passation des marchés publics. Les sondés les qualifient de « techniques »⁷⁰⁵, d'« inadaptées »⁷⁰⁶, de « lourdes »⁷⁰⁷, de « rigides »⁷⁰⁸, de « complexes »⁷⁰⁹, de « contraignantes »⁷¹⁰, de « tatillonnes »⁷¹¹, voire de « contreproductives »⁷¹². Selon plusieurs sondés, ces caractéristiques supposent de la part des services une « expertise juridique élevée »⁷¹³, de sorte qu'ils « consomment du temps et de ressources » au risque de nuire à l'« efficacité économique » de l'achat⁷¹⁴. Les autorités contractantes pointent parfois plus spécifiquement les délais imposés dans les procédures formalisées, sans autre précision⁷¹⁵. Une autorité contractante nuance cependant :

⁷⁰² 1 AC.

⁷⁰³ 6 AC.

⁷⁰⁴ 1 AC.

⁷⁰⁵ 1 AC, et 1 AV.

⁷⁰⁶ 1 OE.

⁷⁰⁷ 3 AC, et 1 OE.

⁷⁰⁸ 1 AC, et 1 OE.

⁷⁰⁹ 3 AC, et 2 OE.

⁷¹⁰ 1 AC.

⁷¹¹ 1 AC.

⁷¹² 1 AC.

⁷¹³ 1 AC.

⁷¹⁴ 2 AC.

⁷¹⁵ 7 AC.

« Le recours à certaines procédures, pourtant vertueuses, est soumis à des conditions qui peuvent être lourdes (par exemple, le recours à la procédure avec négociation proscrite en appel d'offres, recours aux marchés de conception-réalisation) »⁷¹⁶.

Dans le prolongement des propos précédents, 47 commentaires visent le manque de négociation dans les procédures de passation des marchés publics, y compris provenant d'autorités contractantes. Parmi eux, certains expliquent en quoi cette rigidité complexifie le droit de la commande publique, à l'instar de cette autorité contractante :

« Il faudrait plus de possibilités de négocier et une plus grande souplesse pour permettre aux acheteurs d'être plus réactifs et d'obtenir les meilleures conditions d'achat auprès des entreprises. »⁷¹⁷

En substance, ce manque de négociation est considéré, toujours selon des autorités contractantes, comme « *improductif* »⁷¹⁸ du point de vue de « *l'efficacité économique des achats publics* »⁷¹⁹, de la réponse aux besoins des acheteurs publics⁷²⁰ et, par voie de conséquence, de la « *bonne gestion des deniers publics* »⁷²¹. Il est également perçu par certains sondés comme un « *facteur de contre-performance financière* » pour les entreprises⁷²².

Manque de clarté des procédures. Parmi les 433 commentaires, 21 visent le manque de clarté de ces procédures. Sur ce point, les sondés s'interrogent massivement sur les **marchés publics passés sans publicité et mise en concurrence, ainsi que sur les marchés passés en procédure adaptée (MAPA)**. Ils critiquent une certaine « *imprécision* »⁷²³, un « *flou* »⁷²⁴, un « *manque de clarté* »⁷²⁵ et de « *cohérence* »⁷²⁶, des « *non-dits* »⁷²⁷, des « *doutes* », ou encore une véritable « *insécurité juridique* » autour des procédures applicables

⁷¹⁶ 1 AC.

⁷¹⁷ 1 AC.

⁷¹⁸ 1 AC.

⁷¹⁹ 1 AC.

⁷²⁰ 1 AC.

⁷²¹ 2 AC.

⁷²² 1 AC.

⁷²³ 2 AC.

⁷²⁴ 1 AC.

⁷²⁵ 3 AC.

⁷²⁶ 1 AC.

⁷²⁷ 1 AC.

en dessous des seuils européens, eu égard, notamment, au débat national, ou selon à la « *ritournelle* »⁷²⁸ des trois devis.

7. La jurisprudence

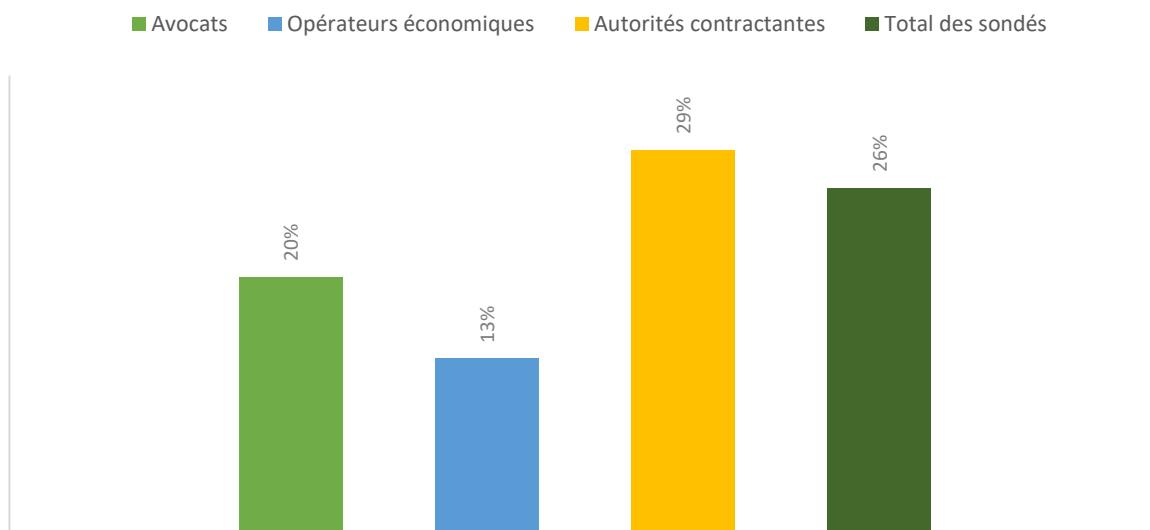
Données. La jurisprudence se place au huitième et dernier rang des facteurs de complexité, avec 7,3 % du total des réponses. **Ce facteur de complexité est, par ailleurs, identifié par seulement 26 % des sondés.**

Figure 2.45 : Tableau comparatif de réponses relatives à la « *jurisprudence* »

<i>Catégories de sondés</i>	Nb de réponses	Nb total de sondés / catégorie	Valeur en % (nb de sondés)
Avocats	9	46	19,5
Opérateurs économiques	10	75	13,3
Autorités contractantes	129	440	29,3
Total	148	561	26

⁷²⁸ 1 AC.

Figure 2.46 : Répartition proportionnelle entre les catégories de sondés ayant coché « la jurisprudence » dans le questionnaire à choix multiples



Analyse. La jurisprudence est identifiée comme un facteur de complexité par une petite minorité de sondés, ce qui ne saurait étonner au regard des résultats de l'enquête qualitative. En effet, ce facteur de complexité n'était pas spontanément identifié par les interviewés, à de rares exceptions⁷²⁹. On relèvera également que ce facteur divise les sondés – il est davantage ressenti par les autorités contractantes que par les opérateurs économiques – comme permettent de le constater le tableau (**Figure 2.45**) et le graphique ci-dessus (**Figure 2.46**).

Explications. On trouve 43 commentaires, soit environ 10 %, à mentionner l'interprétation des textes comme un facteur de complexité. Parmi eux, 25 visent expressément la jurisprudence. Les critiques émises contre la jurisprudence sont de plusieurs ordres ; elles portent sur sa rigidité, son instabilité, ainsi que sur son inaccessibilité intellectuelle. Les premières critiques portent ainsi sur la rigueur de la jurisprudence, qualifiée de « *contraignante* »⁷³⁰ ou de « *restrictive par rapport à une réglementation souple* »⁷³¹. La jurisprudence est, par ailleurs, perçue comme instable, « *changeante* »⁷³², sinon « *difficile à comprendre et anticiper* »⁷³³ au risque de « *créer parfois de l'insécurité juridique* »⁷³⁴.

⁷²⁹ 2 AV interviewés.

⁷³⁰ 1 AC.

⁷³¹ 1 AC.

⁷³² 2 AC.

⁷³³ 1 AC.

⁷³⁴ 1 AC.

Enfin, et surtout, la jurisprudence est qualifiée de « *byzantine* »⁷³⁵, sinon d'excessivement « *sophistiquée* », par exemple en matière de régularisation des offres ou s'agissant des offres anormalement basses⁷³⁶. Dans le même ordre d'idées, la jurisprudence peut être perçue comme « *difficilement accessible* »⁷³⁷, « *floue* »⁷³⁸, « *protéiforme* »⁷³⁹, « *élastique* »⁷⁴⁰ ou encore « *contradictoire* »⁷⁴¹, spécialement autour de la « *règle* »⁷⁴² des trois devis. Sur ce point, une autorité contractante souligne que :

*« Les règles sont interprétées de plusieurs manières dans la jurisprudence. Il est extrêmement complexe, en tant qu'acheteur, de privilégier telle ou telle piste sur un marché public compte tenu de l'absence de principe réellement défini dans la pratique »*⁷⁴³.

À cet égard, on relèvera utilement que plusieurs commentaires mentionnent les « *contradictions* » entre la jurisprudence et « *les règles écrites* »⁷⁴⁴, la « *doctrine* »⁷⁴⁵ ou encore les « *guides de la Direction des affaires juridiques* » de Bercy⁷⁴⁶. D'autres commentaires se concentrent sur les recommandations de cette dernière, estimant que les positions qu'elle adopte sur certains sujets, comme les trois devis, manquent de « *clarté* »⁷⁴⁷, « *complexifient* »⁷⁴⁸ le droit au lieu de le clarifier, voire qu'elles créent « *plus de doute que de sécurité* »⁷⁴⁹. En ce sens, une autorité contractante souligne que :

*« Les interprétations divergentes des règles de la commande publique par les différents acteurs de l'achat, de l'ordonnateur au payeur, ainsi que par les organes de contrôles (CRC, contrôle de légalité, etc.) : cette appréciation hétérogène du risque juridique par les différents maillons d'une même chaîne crée des lenteurs, des blocages, voire des conflits »*⁷⁵⁰.

⁷³⁵ 1 AV.

⁷³⁶ 1 AC.

⁷³⁷ 1 AC.

⁷³⁸ 1 AC.

⁷³⁹ 1 AC.

⁷⁴⁰ 1 OE.

⁷⁴¹ 2 AC.

⁷⁴² 1 AC.

⁷⁴³ 1 AC.

⁷⁴⁴ 1 AC.

⁷⁴⁵ 1 AC.

⁷⁴⁶ 2 AC.

⁷⁴⁷ 1 AC.

⁷⁴⁸ 1 AC.

⁷⁴⁹ 1 AV.

⁷⁵⁰ 1 AC.

Au-delà de ces facteurs « croisés », c'est-à-dire identifiés dans le questionnaire à choix multiples et dans les commentaires, certains méritent un traitement particulier.

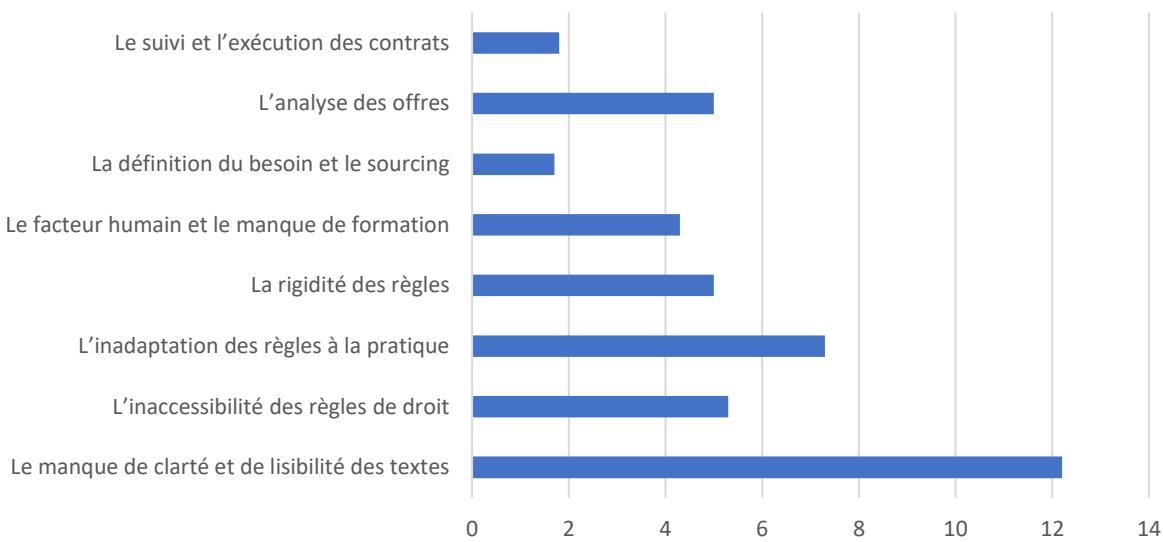
B. Les facteurs « spontanés »

Précisions méthodologiques. Dans leurs commentaires, les sondés identifiaient spontanément de nombreux facteurs de complexité, tous ne correspondant pas forcément à ceux proposés dans le questionnaire. Certains ont pu être traités conjointement avec les réponses cochées dans le questionnaire à choix multiples. D'autres n'auraient pu être étudiés à ce stade, sauf au prix d'un rattachement artificiel. Une analyse de ces facteurs de complexité supposait de les regrouper par mots-clés, afin d'en dresser, non sans une part de subjectivité, une typologie. Les différentes catégories retenues – le manque de clarté et de lisibilité des textes (1.), l'inaccessibilité des règles de droit (2.), leur inadaptation à la pratique (3.), leur rigidité (4.), le facteur humain (5.), la définition du besoin (6.), l'analyse des offres (7.), ainsi que le suivi de l'exécution des contrats de la commande publique (8.) – sont exposées et comparées dans le tableau (**Figure 2.47**) et le graphique (**Figure 2.48**) suivants, avant d'être analysées plus en détail.

Figure 2.47 : Tableau comparatif des commentaires spontanés relatifs aux facteurs de complexité

	Nb de commentaires	Nb total de commentaires	Valeur en %
Le manque de clarté et de lisibilité des textes	53	433	12,2
L'inaccessibilité des règles de droit	23	433	5,3
L'inadaptation des règles à la pratique	32	433	7,3
La rigidité des règles	22	433	5
Le facteur humain et le manque de formation	19	433	4,3
La définition du besoin et le <i>sourcing</i>	8	433	1,7
L'analyse des offres	22	433	5
Le suivi et l'exécution des contrats	8	433	1,8

Figure 2.48 : Graphique comparatif des commentaires spontanés relatifs aux facteurs de complexité



1. *Le manque de clarté et de lisibilité des textes*

Données. Le manque de clarté des textes constituait un facteur de complexité du droit de la commande publique ressenti par 10 des 21 interviewés⁷⁵¹, soit 47,6 % d'entre eux. À rebours, seulement 12,2 % des commentaires, soit 53 sur 433, font état d'une imprécision ou d'un manque de clarté des textes juridiques. Les formulations employées varient substantiellement, puisqu'elles portent tantôt sur l'absence de clarté des règles de droit, tantôt sur le manque de lisibilité des textes.

Absence de clarté. Plusieurs sondés critiquent l'utilisation, par les règles du droit de la commande publique, de « *critères de qualification juridique* »⁷⁵² et de « *notions* »⁷⁵³ imprécis. Sur ce point, un avocat sondé constate que « *des pans du droit de la commande publique ne sont pas expressément abordés par les textes* ». Dans le même registre, plusieurs enquêtés visent les lacunes de ces textes lorsqu'ils mentionnent l'« *imprécision* »⁷⁵⁴, l'« *absence de précision* »⁷⁵⁵, les « *silences et les non-dits* »⁷⁵⁶, le « *flou* » qui entoure ces règles

⁷⁵¹ 4 AC, 3 OE, 2 AV, et 1 AU.

⁷⁵² 1 AV.

⁷⁵³ 1 AC, et 1 AV.

⁷⁵⁴ 1 AC, et 1 OE.

⁷⁵⁵ 1 AC, et 1 AV.

⁷⁵⁶ 1 AC.

de droit⁷⁵⁷, ou encore un manque de « *clarification* »⁷⁵⁸, sinon de « *clarté* »⁷⁵⁹ de ces dernières. En ce sens, un avocat sondé met en exergue « *la clarté très relative des dispositions réglementaires et législatives puis l'interprétation équilibrée du Conseil d'État. Entre-temps, c'est le flou artistique* »⁷⁶⁰. Un autre abonde dans ce sens : « *les textes sont souvent imbriqués, avec des références croisées difficiles à suivre, et certaines notions restent très floues, même pour un professionnel* ». C'est pourquoi un opérateur économique sondé plaide « *à la fois pour plus de clarté et précision, même si la conséquence pourrait être une plus faible flexibilité* ».

D'autres sondés évoquent des normes « *floues* »⁷⁶¹, « *pas claires* »⁷⁶², « *implicites* »⁷⁶³, « *obscures, trop larges* »⁷⁶⁴, « *trop générales* »⁷⁶⁵, « *contradictoires* »⁷⁶⁶ ou encore « *sujettes à interprétation et sources d'insécurité juridique* »⁷⁶⁷. Ils en citent plusieurs exemples, allant des règles qui encadrent la demande de régularisation des offres, la modification des contrats de la commande publique, la durée maximale des accords-cadres, la procédure de passation des concessions⁷⁶⁸, ou encore la signature électronique.

Manque de lisibilité. Les sondés sont nombreux à faire état du manque de lisibilité des textes en visant des « *maladresses rédactionnelles* »⁷⁶⁹, une « *mauvaise rédaction* »⁷⁷⁰ voire une « *inintelligibilité* » dans la rédaction de certains textes juridiques pouvant, selon certains, « *compliquer voire empêcher la réponse aux marchés publics des petits opérateurs économiques* »⁷⁷¹. Dans cet ordre d'idées, certains dénoncent des « *règles simples rédigées de manière complexe* »⁷⁷², des « *régimes souvent illisibles* »⁷⁷³, des textes juridiques « *techniques* »⁷⁷⁴, « *peu clairs* »⁷⁷⁵, « *difficilement lisibles* »⁷⁷⁶, « *ambigus, voire*

⁷⁵⁷ 1 AC.

⁷⁵⁸ 1 AV.

⁷⁵⁹ 1 AV.

⁷⁶⁰ 1 AV.

⁷⁶¹ 1 AC.

⁷⁶² 3 AC.

⁷⁶³ 1 AC.

⁷⁶⁴ 1 AC.

⁷⁶⁵ 3 AC.

⁷⁶⁶ 1 AC.

⁷⁶⁷ 3 AC.

⁷⁶⁸ Sur ce point, un avocat sondé mentionne « *la procédure peu développée pour les concessions* » avant de s'interroger « *comment organiser une procédure ouverte ? Quand ?* ».

⁷⁶⁹ 1 AC.

⁷⁷⁰ 1 OE.

⁷⁷¹ 1 AC.

⁷⁷² 1 AC.

⁷⁷³ 1 OE.

⁷⁷⁴ 1 AC.

⁷⁷⁵ 1 AC.

⁷⁷⁶ 2 AC.

contradictoires »⁷⁷⁷, sinon « *abscons* »⁷⁷⁸, en raison, notamment, des renvois entre les différents textes. À cet égard, une autorité contractante s’agace :

*« [...] par qui sont rédigés ces textes !? Pitié pas de nouvelles réformes ou de soi-disant simplification qui ne font que complexifier la lecture du droit. »*⁷⁷⁹

Focus n° 1 : le Code de la commande publique

Pour illustrer les propos précédents, on relèvera que 19 commentaires, soit 4,3 % du total, mentionnent expressément le Code de la commande publique⁷⁸⁰. De manière très générale, le code est qualifié de « *complètement illisible* »⁷⁸¹. Certains sondés mettent en lumière une évolution lorsqu’ils soulignent que « *le code s'est complexifié* » en comparaison avec le Code des marchés publics qui était, selon eux, « *beaucoup plus simple à appréhender* »⁷⁸².

Mais, la majorité des commentaires se concentre sur la structure du code, celle-ci étant jugée « *illisible pour les néophytes* »⁷⁸³. En effet, ce ne sont pas moins de 4 commentaires qui évoquent « *l'éclatement des règles et des process* »⁷⁸⁴, ou selon « *l'éparpillement des dispositions* » entre la partie législative et la partie réglementaire, ainsi que la « *numérotation des articles et la structure du code* »⁷⁸⁵. Sur ce point, une autorité contractante synthétise :

*« [I] l'ordre de présentation des règles : la présentation découpée en partie législative et réglementaire n'apporte pas de plus-value aux praticiens, elle est source de complexité, car beaucoup de règles sont dans la partie réglementaire tandis que d'autres dispositions n'existent qu'au niveau législatif (ex. définition des contrats, des marchés, grands principes, etc.). »*⁷⁸⁶

Parfois, les critiques se font plus spécifiques, soit qu’elles portent sur les lacunes du Code de la commande publique, soit sur la rédaction de certaines de ses dispositions. Sur le premier point, 2 commentaires évoquent « *la codification inachevée du droit de la commande publique* »⁷⁸⁷, ainsi que le « *manque de définition de certaines notions au sein du code* »⁷⁸⁸.

⁷⁷⁷ 1 AC.

⁷⁷⁸ 1 AC.

⁷⁷⁹ 1 AC.

⁷⁸⁰ Pour rappel, 6 des 21 interviewés appelaient de leurs vœux une réforme du Code de la commande publique.

⁷⁸¹ 1 AC.

⁷⁸² 1 AC.

⁷⁸³ 1 AC.

⁷⁸⁴ 1 AC.

⁷⁸⁵ 1 OE.

⁷⁸⁶ 1 AC.

⁷⁸⁷ 1 OE.

⁷⁸⁸ 1 AC.

Sur le deuxième point, plusieurs sondés se plaignent des « *différents renvois* » opérés entre les articles du code, voire de certaines « *subtilités* » le rendant difficilement lisible⁷⁸⁹. Ils en égrainent quelques exemples, parmi lesquels l'article L. 2500-1 du Code de la commande publique⁷⁹⁰ ou encore l'article L. 2141-1⁷⁹¹ qui renvoie à plus de 30 autres articles, ou encore le régime des variantes⁷⁹². Dans le même registre, certains remarquent un éparpillement, au sein du code, de dispositions portant sur une même procédure, comme celles relatives à aux marchés de conception-réalisation (articles L. 2152-2 et L. 2171-1)⁷⁹³. Enfin, 2 commentaires concernent « *la formulation de certains articles* »⁷⁹⁴ ou leur « *rédaction parfois approximative et lourde* »⁷⁹⁵ à l'image de l'article R. 2191-7 relatif au calcul des avances⁷⁹⁶.

Focus n° 2 : CCAG et CCAP

Pour prendre un deuxième exemple, 12 commentaires portent directement sur les cahiers des charges administratives générales (CCAG) et les cahiers des charges administratives particulières (CCAP). En effet, certains sondés qualifient les CCAG d' « *assez*

⁷⁸⁹ 1 AC.

⁷⁹⁰ « *Sans préjudice de dispositions législatives spéciales, les catégories de marchés publics mentionnés au titre Ier sont soumises aux règles particulières définies au titre II* »

⁷⁹¹ « *Sont exclues de la procédure de passation des marchés les personnes qui ont fait l'objet d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues aux articles 222-34 à 222-40, 225-4-1, 225-4-7, 313-1, 313-3, 314-1, 324-1, 324-5, 324-6, 421-1 à 421-2-4, 421-5, 432-10, 432-11, 432-12 à 432-16, 433-1, 433-2, 434-9, 434-9-1, 435-3, 435-4, 435-9, 435-10, 441-1 à 441-7, 441-9, 445-1 à 445-2-1 ou 450-1 du code pénal, aux articles 1741 à 1743, 1746 ou 1747 du code général des impôts, ou pour recel de telles infractions, ainsi que pour les infractions équivalentes prévues par la législation d'un autre État membre de l'Union européenne. La condamnation définitive pour l'une de ces infractions ou pour recel d'une de ces infractions d'un membre de l'organe de gestion, d'administration, de direction ou de surveillance ou d'une personne physique qui détient un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle d'une personne morale entraîne l'exclusion de la procédure de passation des marchés de cette personne morale, tant que cette personne physique exerce ces fonctions. Sauf lorsque la peine d'exclusion des marchés a été prononcée pour une durée différente par une décision de justice définitive, l'exclusion de la procédure de passation des marchés au titre du présent article s'applique pour une durée de cinq ans à compter du prononcé de la condamnation* ».

⁷⁹² 1 AC.

⁷⁹³ 1 AC.

⁷⁹⁴ 1 AV.

⁷⁹⁵ 1 AC.

⁷⁹⁶ Cet article est ainsi rédigé : « *Lorsque la durée du marché est inférieure ou égale à douze mois, le montant de l'avance est fixé entre 5 % et 30 % du montant initial toutes taxes comprises du marché.*

Lorsque la durée du marché est supérieure à douze mois, le montant de l'avance est fixé entre 5 % et 30 % d'une somme égale à douze fois le montant initial toutes taxes comprises du marché divisé par sa durée exprimée en mois.

Pour les marchés publics passés par l'État, le taux de l'avance est porté à 20 % lorsque le titulaire du marché public ou son sous-traitant admis au paiement direct est une petite et moyenne entreprise mentionnée à l'article R. 2151-13.

Les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements peuvent conditionner le versement de l'avance à la constitution d'une garantie à première demande conformément aux dispositions des articles R. 2191-36 à R. 2191-42. Cette garantie peut porter sur tout ou partie de l'avance. Les deux parties peuvent s'accorder pour substituer à cette garantie une caution personnelle et solidaire. La constitution de cette garantie n'est toutefois pas exigée des personnes publiques titulaires d'un marché. »

compliqués »⁷⁹⁷ ou de « trop opaques et peu adaptés »⁷⁹⁸, tandis que d'autres se plaignent de l' « absence d'unification ou de regroupement » de ces textes⁷⁹⁹. C'est parfois l'articulation entre les CCAG et les CCAP qui complexifie, selon les sondés, la pratique de la commande publique. Sur ce point, un avocat souligne que « malgré la réforme des CCAG, les acheteurs tentent parfois de complexifier par le jeu de leur CCAP »⁸⁰⁰, tandis qu'un opérateur économique mentionne l' « application des CCAG et des CCAP inappropriés, déséquilibrés, ne laissant aucune place à la négociation »⁸⁰¹. Enfin, plusieurs autorités contractantes évoquent la rédaction, « pas simple »⁸⁰² des CCAP. Selon un autre sondé :

« [i]l existe trop de mentions obligatoires à intégrer aux règlements de consultation ou au cahier des charges administratives et particulières alors même qu'elles n'intéressent pas 95% des entreprises et aboutissent à des cahiers des charges trop lourds qui font peur aux PME »⁸⁰³, tant est si bien que ces documents « deviennent inutilisables tellement ils sont détaillés »⁸⁰⁴.

2. L'inaccessibilité des règles de droit

Données. Dans le prolongement des propos précédents, 23 commentaires⁸⁰⁵ mentionnent, parmi les facteurs de complexité, un manque d'accessibilité des règles de droit, qu'elle soit matérielle et/ ou intellectuelle. À titre de comparaison, 5 des 21 interviewés appelaient à une amélioration de l'accessibilité des textes, au moyen, par exemple, de l'utilisation d'outils issus du *legal design*.

Accessibilité matérielle. Pour en revenir à l'enquête quantitative, 5 sondés éprouvent des difficultés dans l'accès à l'information⁸⁰⁶ ou aux règles de droit⁸⁰⁷. Sur ce point, on peut relever qu'un opérateur économique sondé se réfère encore au « *code des marchés publics* » pourtant abrogé. Pour sa part, une autorité contractante met en exergue les conséquences du manque d'accessibilité matérielle de certains « *documents, outils ou*

⁷⁹⁷ 1 AC.

⁷⁹⁸ 1 AC.

⁷⁹⁹ 1 AC.

⁸⁰⁰ 1 AV.

⁸⁰¹ 1 OE.

⁸⁰² 1 AC.

⁸⁰³ 1 AC.

⁸⁰⁴ 1 AC.

⁸⁰⁵ Soit 5,3 % des 433 commentaires.

⁸⁰⁶ 2 AC et 1 OE.

⁸⁰⁷ 1 AV.

informations propres à expliquer et permettre une appropriation du droit de la commande publique » par les praticiens. Selon elle, cette situation conduit, en interne, à un véritable « *turn-over dans les équipes* » tout en suscitant un « *sentiment d'insécurité* », tandis qu'en externe, elle freine la concurrence⁸⁰⁸.

Accessibilité intellectuelle. Au-delà, les sondés sont nombreux à se plaindre du manque d'accessibilité intellectuelle du droit de la commande publique pour deux types d'acteurs bien identifiés : les collectivités locales d'une part, les petites et moyennes entreprises d'autre part. Les premières sont supposées, selon 2 opérateurs économiques, ne pas maîtriser « *les procédures et le droit* » de la commande publique⁸⁰⁹ ou, à tout le moins, en avoir une « *mauvaise compréhension* »⁸¹⁰. Plus nuancées, les autorités contractantes sondées concèdent cependant que « *les diverses règles encadrant la commande publique sont lourdes à maîtriser pour une petite collectivité* »⁸¹¹, ainsi que les « *difficultés* » des services internes à « *comprendre les articles du Code* » ou à se les approprier.

Les petites et moyennes entreprises sont également touchées par cette complexité, ainsi que le soulignent plusieurs sondés lorsqu'ils critiquent un « *jargon non compréhensible pour les PME* »⁸¹² ou encore un « *vocabulaire complexe pour les non-initiés et des tournures de phases alambiquées* »⁸¹³, des procédures⁸¹⁴ ou un droit de la commande publique jugé, dans son ensemble, « *illisible* »⁸¹⁵, sinon trop « *complexe* » pour ces entreprises⁸¹⁶. Pour conclure, une autorité contractante propose un autre élément d'explication :

« [I]’expertise juridique peut être mise à mal par rapport à des concepts très économiques tels que l’offre anormalement basse ou la dépendance économique. »⁸¹⁷

⁸⁰⁸ 1 AC.

⁸⁰⁹ 1 OE.

⁸¹⁰ 1 OE.

⁸¹¹ 1 AC.

⁸¹² 1 OE.

⁸¹³ 1 AC.

⁸¹⁴ 1 AC.

⁸¹⁵ 1 AC.

⁸¹⁶ 2 AC.

⁸¹⁷ 1 AC.

3. L'inadaptation des règles à la pratique

Données. On dénombre 33 commentaires, soit 7,6 % d'entre eux, à viser le caractère inadapté des règles à la pratique ou à la réalité opérationnelle. Certains commentaires sont très généraux, tandis que d'autres sont plus ciblés.

Généralités. Deux sondés visent, de manière très générale, le droit de la commande publique dans son ensemble, pour en critiquer le caractère « *inadapté à une application sur le terrain* »⁸¹⁸ ou « *trop artisanal, inadapté à certains cadres [...] en un mot, bricolé* »⁸¹⁹. Les autres sont plus nuancés lorsqu'ils mentionnent plus spécifiquement des « *textes éloignés de la réalité opérationnelle* »⁸²⁰, des « *normes souvent peu adaptées* »⁸²¹ voire « *incompatibles avec la pratique* »⁸²², des « *règles déconnectées* »⁸²³, « *trop complexes à mettre en œuvre* »⁸²⁴, sinon « *impossibles à appliquer en pratique* »⁸²⁵. **Dans le même registre, certains sondés mentionnent des « écart entre les règles fixées et les réalités du terrain »**⁸²⁶, ainsi que des « *évolutions* » difficiles à mettre en œuvre « *sur le plan opérationnel* »⁸²⁷. Sur ce point, une autorité contractante estime que « *[l']adaptation aux réformes du droit de la commande publique n'est pas réalisée dans de bonnes conditions (par exemple pour la Loi Climat et Résilience) ou pas réalisables par manque de moyens* »⁸²⁸. Pour sa part, un opérateur économique sondé remarque que :

« *Trop souvent, la dimension stratégique est reléguée au second plan au profit d'une gestion essentiellement administrative et juridique des procédures. Cela peut conduire à des procédures inadaptées, à une mauvaise évaluation des besoins ou à des choix de critères peu pertinents. En conséquence, la qualité de la commande publique s'en trouve affaiblie, tant sur le plan économique que technique.* »

⁸¹⁸ 1 AC.

⁸¹⁹ 1 OE.

⁸²⁰ 1 OE.

⁸²¹ 1 OE.

⁸²² 1 OE.

⁸²³ 1 AV.

⁸²⁴ 1 AC.

⁸²⁵ 1 AC.

⁸²⁶ 1 AC.

⁸²⁷ 1 AC.

⁸²⁸ 1 AC.

Précisions. D'autres commentaires visent plus précisément l'inadaptation des règles aux singularités de chaque autorité contractante, compte tenu de la diversité qui les caractérise⁸²⁹, qu'il s'agisse de leur « *taille* »⁸³⁰ ou de leur « *statut juridique* »⁸³¹. À cet égard, une autorité contractante sondée met en lumière que :

*« Le droit de la commande publique repose sur la fiction d'un acheteur capable d'anticiper toutes les éventualités, ce qui ne correspond ni à la réalité opérationnelle ni à la diversité des profils d'acheteurs. Il faut reconnaître à l'acheteur une faculté d'adaptation raisonnable aux imprévus. »*⁸³²

Enfin, ils sont nombreux juger que certaines règles du droit de la commande publique – par exemple la durée de validité des offres⁸³³, le principe d'intangibilité des groupements d'opérateurs économiques⁸³⁴ ou encore le recours très encadré à la négociation⁸³⁵ – sont inadaptées à la réalité économique, aux « *modèles économiques et usages commerciaux sectoriels* »⁸³⁶ ou encore aux contraintes propres à des secteurs « *sinistrés* »⁸³⁷, sinon très spécifiques, comme la recherche, la santé⁸³⁸, l'électricité et le gaz⁸³⁹ ou bien les assurances⁸⁴⁰. Une autorité contractante nous fournit un dernier exemple précis, celui de la durée maximale des marchés, qu'elle estime « *sans rapport avec les nouveaux modes de commercialisation des opérateurs économiques (mode SaaS) ou la durée réelle de mise en œuvre des projets* »⁸⁴¹.

4. La rigidité des règles

Données. Dans le prolongement des propos précédents, 22 commentaires, soit 5 % des 433 totalisés, ciblent comme facteur de complexité, la « *technicité* »⁸⁴², la « *rigidité* »⁸⁴³, la

⁸²⁹ 1 AC.

⁸³⁰ 1 AC.

⁸³¹ 1 AC.

⁸³² 1 AC.

⁸³³ 1 OE.

⁸³⁴ 1 AC.

⁸³⁵ 1 AV.

⁸³⁶ 1 AC.

⁸³⁷ 1 AC.

⁸³⁸ 1 AC.

⁸³⁹ 1 AC.

⁸⁴⁰ 2 AC.

⁸⁴¹ 1 AC.

⁸⁴² 1 AC.

⁸⁴³ 1 AC.

« *rigueur* » excessive⁸⁴⁴, ou encore le « *manque de souplesse* » des règles du droit de la commande publique⁸⁴⁵. Parmi eux, certains soulignent que ce facteur de complexité œuvre au détriment de « *la performance* »⁸⁴⁶, de « *l'efficience* »⁸⁴⁷ ou de l'optimisation de l'achat public⁸⁴⁸.

Précisions. Au-delà de ces commentaires généraux, certains sondés se plaignent plus précisément d'un « *manque de souplesse pour certains achats liés à des activités d'intérêt général, comme les achats d'équipements ou de services en lien avec des activités de recherche* »⁸⁴⁹, ainsi que pour certaines autorités contractantes à l'image des établissements sociaux pour l'habitat⁸⁵⁰, des entités adjudicatrices intervenant sur des marchés concurrentiels comme celui de l'électricité⁸⁵¹, ou des « *petites communes et territoires sur lesquels la concurrence est moindre* »⁸⁵². Enfin, 2 commentaires mentionnent directement des règles dont la rigidité est jugée excessive : celles relatives au montage contractuel (par exemple l'absence de remise en concurrence dans un accord-cadre à bons de commande), le cadre juridique de l'analyse des offres⁸⁵³, ou encore les règles relatives aux délais ou au nombre de pièces demandées aux soumissionnaires⁸⁵⁴.

Focus n° 1 : Le régime des modifications contractuelles

Une partie des sondés – 12 au total – vise le régime des modifications contractuelles comme un facteur de complexité. À titre comparatif, ils étaient 5 interviewés à estimer que le régime des modifications mériterait certaines clarifications. Or, au regard des commentaires des sondés, il apparaît que c'est la **rigidité des règles encadrant ce régime qui prête le flanc à la critique**. En effet, ces derniers mettent en lumière « *une adaptabilité limitée [des contrats] aux modifications contextuelles* »⁸⁵⁵, ou soulignent, plus clairement encore, « *l'encadrement restrictif* »⁸⁵⁶, sinon « *trop strict* »⁸⁵⁷ par le droit de la commande publique des modifications contractuelles.

⁸⁴⁴ 1 AC.

⁸⁴⁵ 4 AC.

⁸⁴⁶ 1 AC.

⁸⁴⁷ 1 AC.

⁸⁴⁸ 1 AC.

⁸⁴⁹ 1 AC.

⁸⁵⁰ 1 AC.

⁸⁵¹ 1 AC.

⁸⁵² 1 AC.

⁸⁵³ 1 AC.

⁸⁵⁴ 2 AC.

⁸⁵⁵ 1 OE.

⁸⁵⁶ 1 AC.

⁸⁵⁷ 1 AC.

Focus n° 2 : Le régime des accords-cadres

Plusieurs commentaires émanant exclusivement d'autorités contractantes – 9 au total – identifient spontanément le régime des « *techniques d'achats* »⁸⁵⁸ ou des « *accords-cadres* »⁸⁵⁹ comme une source de complexité. Là encore, **c'est la rigidité des règles encadrant les accords-cadres qui semble susciter les difficultés les plus importantes.** En ce sens, une autorité contractante sondée évoque

« l'absence de réelle souplesse en matière de dérogation à la durée maximale des accords-cadres, notamment pour la maintenance informatique, d'équipement ou pour des activités externalisées pour lesquelles un business plan pertinent doit être une durée d'au moins 5 ou 6 ans. Dans ce dernier cas, la prime au sortant est source d'une très forte distorsion de concurrence en raison du cout d'entrée sur le marché qui ne permet d'envisager des marges bénéficiaires que sur une relativement longue période (infogérance, gestion complexe d'ateliers courriers/repro/imprimerie, maintenance multi-technique, etc...). »

Dans le même sens, la majorité des critiques portent, comme lors des entretiens, sur la durée maximale des accords-cadres⁸⁶⁰, étant précisé par une autorité contractante sondée, que le manque de souplesse dans ce domaine est particulièrement complexe en matière d'équipement, de maintenance informatique ou d'activités externalisées⁸⁶¹. D'autres sources de rigidité sont identifiées par les sondés, par exemple dans le régime de leur modification⁸⁶² ou encore dans « *la nécessité de recourir à des accords-cadres pour avoir des marchés à prix mixtes (forfaitaire et unitaire)* »⁸⁶³.

5. Le facteur humain et le manque de formation

Le facteur humain. Le « *facteur humain* »⁸⁶⁴, « *la force de l'habitude* »⁸⁶⁵, « *la culture des acheteurs* »⁸⁶⁶, ou selon, « *les biais de chacun* »⁸⁶⁷, est spontanément envisagé

⁸⁵⁸ 1 AC.

⁸⁵⁹ 1 AC.

⁸⁶⁰ 3 AC.

⁸⁶¹ 1 AC.

⁸⁶² 1 AC.

⁸⁶³ 1 AC.

⁸⁶⁴ 1 AC.

⁸⁶⁵ 1 AC.

⁸⁶⁶ 1 AC.

⁸⁶⁷ 1 AC.

comme une source de complexité par 15 commentaires, soit 3,4 % du total. À cet égard, un opérateur économique précise son raisonnement :

« Le facteur humain rend chaque individu [...] plus ou moins sensible aux principes de la commande publique. Le spectre est large : il va de l'individu ignorant certaines dispositions et créant un risque sérieux d'infraction au droit pénal des affaires, à l'individu sachant mais "frileux" ne souhaitant pas s'engager en dehors de règles non équivoques »⁸⁶⁸.

Opérateurs économiques et autorités contractantes. On ne s'étonnera guère que des opérateurs économiques se plaignent des « multiples façons de faire selon les organismes »⁸⁶⁹, de l'existence de « règles internes dérogatoires » aux dispositions du Code de la commande publique⁸⁷⁰, sinon d'une « mauvaise application » des règles par les autorités contractantes⁸⁷¹. Sur ce point, 2 opérateurs économiques sondés se plaignent plus précisément :

« [d]es pratiques des collectivités qui passent par une procédure formalisée pour des marchés dont le montant relève d'une procédure sans publicité ni mise en concurrence » ou que « les collectivités locales ne maîtrisant pas les procédures et le droit, mettent en œuvre des procédures illisibles, souvent éloignées du droit et ainsi pas toujours transparentes, ce qui ne favorise pas le renouvellement des opérateurs économiques déjà en place. »

En revanche, il est plus surprenant de constater que ces dernières dressent le même bilan lorsqu'elles évoquent « l'hétérogénéité des pratiques »⁸⁷², des « règles internes propres à chaque donneur d'ordre public »⁸⁷³, des « différences d'application du droit »⁸⁷⁴ ou diverses « manières de fonctionner »⁸⁷⁵, voire des interprétations téléologiques des textes suivant une « logique clientéliste »⁸⁷⁶. Une autorité contractante nuance cependant :

⁸⁶⁸ 1 AC.

⁸⁶⁹ 1 OE.

⁸⁷⁰ 1 OE.

⁸⁷¹ 1 OE.

⁸⁷² 2 AC.

⁸⁷³ 1 AC.

⁸⁷⁴ 1 AC.

⁸⁷⁵ 1 AC.

⁸⁷⁶ 1 AC.

« La pratique des acheteurs influence fortement la complexité ou la simplicité du droit applicable pour les entreprises. Il faut changer de prisme : simplifier la vie des acheteurs pour qu'ils simplifient celle des entreprises. »⁸⁷⁷

Le manque de formation. Dans la continuité des propos précédents, 19 commentaires – soit 4,3 % du total – mentionnent, parmi les facteurs de complexité, un manque ou une mauvaise formation des acteurs de la commande publique.

Ces résultats confortent le bilan dressé au stade de la définition positive de la simplification ainsi qu'à l'occasion de l'enquête qualitative. En effet, ils étaient 5 interviewés à réclamer une meilleure formation des acteurs de la commande publique. Sur ce point, les remarques des sondés sont parfois très générales, lorsqu'elles visent « *le manque de formation* »⁸⁷⁸ ou de « *compétence* »⁸⁷⁹ des acteurs de la commande publique, voire « *l'absence de connaissance des règles* »⁸⁸⁰. En ce sens également, « *la non-professionnalisation des acheteurs ainsi que la non-acculturation des opérateurs économiques à la commande publique* »⁸⁸¹ et « *l'absence de formation des élus rendant la vie très difficile aux acheteurs* »⁸⁸² sont tenues pour responsables de la complexité du droit de la commande publique. Une autorité contractante synthétise ces points de vue :

« Le droit de la commande publique est perçu comme complexe, car il est pratiqué par des personnes qui ne maîtrisent pas suffisamment les règles qu'il s'agisse des agents de catégorie B, des petites collectivités ou des opérateurs économiques. Aussi, il faut mettre en œuvre des mesures de professionnalisation et de formation. »⁸⁸³

Au-delà de ces considérations très générales, de nombreux commentaires visent plus spécifiquement la mauvaise formation soit des autorités contractantes, soit des opérateurs économiques.

À cet égard, 2 opérateurs économiques sondés mentionnent, pour l'un « *une mauvaise compréhension du droit de la commande publique par les collectivités publiques* »⁸⁸⁴ et pour

⁸⁷⁷ 1 AC.

⁸⁷⁸ 2 AC.

⁸⁷⁹ 1 OE.

⁸⁸⁰ 1 AC.

⁸⁸¹ 1 AC.

⁸⁸² 1 AC.

⁸⁸³ 1 AC.

⁸⁸⁴ 1 OE.

l'autre « *manque de compétence des acheteurs en matière de stratégie d'achat* », étant précisé que s' « *ils maîtrisent généralement le cadre juridique, l'interprétation des règles et leur application opérationnelle nécessitent une expertise spécifique que tous ne possèdent pas* »⁸⁸⁵. Une autorité contractante sondée abonde dans le même sens lorsqu'elle pointe « *l'absence de culture juridique des acheteurs* »⁸⁸⁶. Une autre enquêtée précise les causes de cette situation en déplorant un manque de moyens et de ressources pour former les agents au droit de la commande publique⁸⁸⁷. Enfin, 2 autorités contractantes sondées insistent sur les conséquences de cette situation. En effet, l'une d'elles constate que, faute d'expertise en interne, le suivi des contrats est parfois confié à des prestataires privés⁸⁸⁸. Une autre estime que :

« [I]l aspect multicartes de l'acheteur : il doit être juriste, acheteur, financier, comptable... soit 4 postes, mais avec le salaire d'un seul. Cet éparpillement nuit à son expertise et engendre des problèmes de recrutement croissants. »⁸⁸⁹

À rebours, plusieurs commentaires tiennent pour responsable de la complexité du droit de la commande publique la mauvaise formation des opérateurs économiques. L'une des autorités contractantes insiste sur « *la nécessité d'expliquer de façon simple aux opérateurs économiques les principales étapes du processus achat* »⁸⁹⁰. Abondant dans le même sens, une autre souligne que :

« [I]l a complexité de la commande publique est justifiée par une mauvaise connaissance de ce droit par les opérateurs économiques. Je ne parle pas des grandes entreprises qui peuvent avoir un service juridique en interne, mais des plus petites structures. Pour celles-ci, il faut avant tout développer des outils permettant de mieux comprendre comment fonctionne un marché. Beaucoup sont déclarés irréguliers, car ils ne respectent pas le CCTP, car ils modifient le BPU etc.... Pour répondre à la question, je trouve que le plus grand facteur de complexité est la méconnaissance de ce droit qui pourrait être fortement atténué grâce au legal design, ou plus généralement grâce à des outils permettant de rendre accessible la commande publique. »

⁸⁸⁵ 1 OE.

⁸⁸⁶ 1 AC.

⁸⁸⁷ 2 AC.

⁸⁸⁸ 1 AC.

⁸⁸⁹ 1 AC.

⁸⁹⁰ 1 AC.

Ce sentiment est même partagé par un opérateur économique, qui rappelle que « *toutes les entreprises ne peuvent pas investir dans un emploi à temps plein pour pouvoir connaître la matière et répondre aux consultations. Et le nombre conséquent de juristes en collectivités prouve que rien n'est facile* ».

6. La définition du besoin et le sourcing

Données. Au total, 8 commentaires mentionnent la définition du besoin et 2 le *sourcing* parmi les facteurs de complexité. Ces résultats s'inscrivent dans la continuité des interviews au cours desquelles 3 avocats promouvaient le *sourcing* pour une meilleure définition du besoin. Ces deux aspects étant intrinsèquement liés, il semble pertinent de les analyser conjointement.

Définition du besoin. Identifiée par 3 interviewés⁸⁹¹, la mauvaise définition du besoin est également mentionnée par quelques rares sondés⁸⁹² comme un facteur de complexité. Si un opérateur économique accuse une « *mauvaise définition du besoin* » par les autorités contractantes⁸⁹³, ces dernières concèdent également un « *manque de clarté* »⁸⁹⁴, une « *mauvaise évaluation financière* » du besoin⁸⁹⁵. Plusieurs d'entre elles tentent d'expliquer ce problème en l'imputant soit à la « *nécessité d'anticiper des besoins en permanence, même ceux-ci qui ne sont pas encore nés* », soit à la « *difficulté à choisir le bon outil qui lui correspond* ».

Sourcing. On peut associer ces commentaires avec le constat, opéré par 2 autorités contractantes sondées, s'agissant du « *manque de sourcing* »⁸⁹⁶ ou de l'encadrement jugé excessif de cette technique, privant « *les acheteurs des bénéfices d'une relation avec les fournisseurs qui dépasse le cadre des contrats ou marchés conclus* »⁸⁹⁷.

7. L'analyse des candidatures et des offres

Données. L'analyse des offres et le choix du cocontractant, ou selon les termes d'un enquêté, « *les règles régissant les relations entre autorités contractantes et candidats* »⁸⁹⁸, qui

⁸⁹¹ 2 OE, et 1 AV.

⁸⁹² 8 au total.

⁸⁹³ 1 OE.

⁸⁹⁴ 1 AC.

⁸⁹⁵ 1 AC.

⁸⁹⁶ 1 AC.

⁸⁹⁷ 1 AC.

⁸⁹⁸ 1 AC.

n'avaient pas été explicitement mentionnés lors des interviews, constituent pourtant une source de complexité spontanément identifiée par 22 sondés dans leurs commentaires (soit 5 %).

Choix du cocontractant. Plusieurs sondés évoquent de manière très générale les difficultés rencontrées dans « *le choix de l'opérateur économique* »⁸⁹⁹. Sur ce point, un avocat sondé se montre plus précis lorsqu'il mentionne l'existence de « *strates de la procédure de sélection des candidats et des offres (plusieurs décisions à prendre)* ». D'autres visent plus précisément les « *cas* »⁹⁰⁰, les « *régimes* »⁹⁰¹, ou les « *motifs d'exclusion* »⁹⁰² dont la « *vérification* » est jugée « *incompréhensible* » par une autorité contractante sondée, en particulier, en ce qui concerne les motifs facultatifs (« *à l'appréciation de l'acheteur* »⁹⁰³).

Analyse des offres. En ce qui concerne l'analyse des offres, un avocat sondé mentionne « *les règles relatives à l'analyse des offres que ce soit en marchés comme en concessions* », sans préciser s'il les juge imprécises ou trop rigides. En revanche, les autorités contractantes sondées qui évoquent l'analyse des offres mettent en avant plusieurs difficultés spécifiques, à commencer par le « *manque de souplesse* » ou l'étroite « *marge de manœuvre* » dont elles disposent en matière de régularisation des offres et de respect de l'égalité de traitement⁹⁰⁴. Une autre difficulté rencontrée par les autorités contractantes concerne l'analyse des variantes exigées⁹⁰⁵ et des prestations supplémentaires éventuelles⁹⁰⁶. Par ailleurs, 2 commentaires mentionnent la qualification des offres anormalement basses, dont le régime est « *clair dans les textes, mais très difficilement applicable jusqu'au bout* »⁹⁰⁷, tandis qu'un autre évoque « *la notion de substantialité* » qui, tout en étant centrale dans la qualification des offres irrégulières, est « *complexe à définir selon les situations* ». Enfin, 3 commentaires mentionnent l'intervention obligatoire de la commission d'appel d'offres pour les marchés publics passés par les collectivités territoriales au-dessus du seuil de 221 000 euros⁹⁰⁸.

Critères d'attribution. Plus indirectement, un petit nombre des commentaires concerne les critères d'attribution ou de notation⁹⁰⁹, jugés « *peu pertinents* », voire « *illisibles* »,

⁸⁹⁹ 1 AV.

⁹⁰⁰ 1 AC.

⁹⁰¹ 1 AC.

⁹⁰² 1 OE.

⁹⁰³ 1 AC.

⁹⁰⁴ 4 AC.

⁹⁰⁵ 2 AC.

⁹⁰⁶ 2 AC.

⁹⁰⁷ 1 AC.

⁹⁰⁸ 3 AC.

⁹⁰⁹ 4 AC, et 2 OE.

par 2 opérateurs économiques tandis qu'un autre se plaint de l' « *absence de transparence concernant les méthodes de notation* ». Pour leur part, les autorités contractantes se plaignent des « *exigences* » liées à ces critères sans autre précision⁹¹⁰, de leur caractère « *difficilement compréhensible pour les services opérationnels* »⁹¹¹, ou encore du « *principe d'attribution des marchés à l'offre économiquement la plus avantageuse qui impose, de fait, le critère prix comme étant le plus sécurisant au détriment de l'intérêt général* »⁹¹².

8. Le suivi et l'exécution financière des contrats

Données. Le suivi et l'exécution financière des contrats de la commande publique constituent un facteur de complexité pour 8 sondés, tandis que 5 interviewés réclamaient une simplification de ce régime. À cet égard, un opérateur économique sondé souligne le caractère, selon lui déséquilibré, du droit de la commande publique :

« *La majorité des mesures concernent la passation et les acheteurs tandis que l'exécution des marchés publics est trop peu décrite. La commande publique ne se place que très peu du côté des opérateurs économiques pour la passation et encore moins pour l'exécution.* »

Exécution financière. Dans leurs commentaires, les sondés toutes catégories confondues identifient plusieurs difficultés, à commencer par l'exécution financière des contrats de la commande publique. Pour un opérateur économique sondé, la complexité réside aussi bien dans les « *modalités de paiement (versement des acomptes, avances et délais de paiement)* » que dans la « *comptabilité publique (par exemple le paiement direct du sous-traitant au-delà de 600 TTC, ce qui ne fait pas obstacle aux retards de paiement conséquents)* »⁹¹³. Une autorité contractante sondée abonde dans ce sens lorsqu'elle constate « *la distance très grande entre la comptabilité publique et privée. Par exemple, on ne peut pas verser des acomptes en début de marché, mais uniquement des avances* »⁹¹⁴. Une autre autorité contractante sondée évoque, quant à elle, les « *différents taux à appliquer selon la taille de la collectivité (par exemple la retenue de garantie ou les avances)* »⁹¹⁵, tandis qu'une autre

⁹¹⁰ 1 AC.

⁹¹¹ 1 AC.

⁹¹² 1 AC.

⁹¹³ 1 OE.

⁹¹⁴ 1 AC.

⁹¹⁵ 1 AC.

éprouve des difficultés dans le « *calcul et le traitement comptable des avances, des pénalités, des révisions...* »⁹¹⁶.

Suivi. Enfin 2 autorités contractantes ne manquent pas de souligner le caractère « *exigeant, rigoureux* »⁹¹⁷, sinon « *chronophage* »⁹¹⁸ du suivi de l'exécution des contrats de la commande publique, imputable à la promotion de l'achat stratégique à travers la mutualisation des achats responsables ou tenant à l'obligation de suivi des attestations URSSAF tous les 6 mois, ainsi que du bilan d'émission de gaz à effet de serre.

Si la première partie de l'enquête quantitative était consacrée à l'identification positive et négative de la simplification du droit de la commande publique, la seconde invitait les praticiens à dresser un bilan des mesures déjà adoptées, à dessein, par le pouvoir réglementaire et le législateur.

SECTION 2 : L'APPRÉCIATION PRATIQUE DES MESURES POSITIVES DE SIMPLIFICATION DU DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE

L'ESSENTIEL À RETENIR

La majorité des sondés reconnaît, spontanément ou en réponse à des questions évoquant des mesures précises de simplification, que la simplification du droit de la commande publique est **en cours ces dernières années**. Il convient ainsi de **relativiser la perception négative** de cette simplification ou son absence au sein du droit positif.

Les **deux mesures de simplification les plus consensuelles** au sein des sondés sont le rehaussement du seuil de dispense de publicité et de mise en concurrence préalables pour les marchés de travaux ainsi que la codification du droit de la commande publique. Les effets simplificateurs de ces mesures peuvent toutefois être légèrement nuancés par d'autres réponses au sondage. S'agissant de la dispense de publicité et de mise en concurrence préalables pour les marchés de travaux, la majorité des sondés affirme n'y recourir que rarement (soit dans moins de 24,99 % des marchés de travaux de moins de 100 000 euros)

⁹¹⁶ 1 AC.

⁹¹⁷ 1 AC.

⁹¹⁸ 1 AC.

ou jamais. En ce qui concerne la codification, l'effet simplificateur de la structure du Code de la commande publique est reconnu par moins de sondés que l'adoption du Code.

D'autres mesures dites de simplification recueillent l'avis favorable de sondés, mais dans une plus faible proportion, comme le nouveau régime de modification contractuelle résultant des directives européennes ou les mesures issues du décret n° 2024-1251 du 30 décembre 2024 (possibilité de changement de la composition d'un groupement ou de constitution d'un groupement en cours de passation dans le cadre de la procédure avec négociation ou du dialogue compétitif, suppression de la borne de fin de remboursement des avances, et abaissement de la retenue de garantie de 5 % à 3 % pour les PME et TPE).

Modalités de l'enquête. Dans le cadre du sondage en ligne, les participants devaient, dans un premier temps, indiquer spontanément les évolutions récentes en droit de la commande publique qu'ils estiment simplificatrices, c'est-à-dire sans qu'il leur soit proposé des exemples de mesures présentées comme simplificatrices (**§I.**). Afin d'éviter toute falsification des résultats, le questionnaire a pris soin d'afficher sur une page préliminaire indépendante la question ouverte sur le partage spontané des évolutions simplificatrices par les sondés. Cette précaution technique⁹¹⁹ entend réduire les risques de biais dans les résultats pouvant provenir d'une quelconque influence des questions suivantes. Elle était nécessaire au regard de la deuxième phase de l'enquête. Effectivement, dans un deuxième temps, les sondés devaient choisir parmi une sélection de mesures récentes⁹²⁰, celles qui, selon eux, participent à la simplification du droit de la commande publique (**§II.**)⁹²¹. Partant, un panorama plus précis de l'appréhension de la simplification par les praticiens se dessine.

⁹¹⁹ À noter : aucun retour en arrière n'était autorisé lors de l'enquête afin de, là encore, préserver l'authenticité des résultats.

⁹²⁰ L'équipe de recherche de la Chaire et la direction des Affaires Juridiques du ministère de l'Économie et des Finances ont privilégié, dans cette sélection, les principales mesures réglementaires et législatives présentées explicitement comme simplificatrices soit par les autorités, soit par la doctrine, depuis l'adoption des directives européennes 2014/23/UE, 2014/24/UE et 2014/25/UE.

⁹²¹ Une question supplémentaire était prévue pour les autorités contractantes et les opérateurs économiques permettant d'évaluer la proportion de marchés publics de travaux conclus par eux sans de gré à gré, en dessous du seuil de 100 000 euros. Les données récoltées permettent de vérifier l'opportunité de la pérennisation du seuil de 100 000 euros dans les marchés publics de travaux sans publicité et mise en concurrence.

§I. Les évolutions simplificatrices récentes spontanément relevées par les sondés

Constat. Si une part significative des 334 répondants⁹²², interrogés de manière générale via une question ouverte et non guidés par des propositions de mesures spécifiques, considèrent qu'aucune mesure récente n'emporte de simplification du droit de la commande publique (A.), une forte majorité de sondés reconnaît spontanément que des évolutions ont participé à simplifier la matière (B.). Tel est le cas, notamment, de la dématérialisation, de la codification et du rehaussement des seuils.

A. L'absence de simplification récente relevée par plusieurs sondés

Absence de simplification. À l'instar des interviewés⁹²³, qui étaient plus de 23 % à exprimer leur scepticisme, nombreux sont les sondés (71 sur 334, soit 21,26 %)⁹²⁴ à porter un regard négatif sur les mesures récentes dites de simplification du droit de la commande publique. Au contraire, pour l'un des avocats sondés, « *toutes les nouvelles dispositions vont dans le sens d'une complexité croissante par un empilement normatif difficile à maîtriser* ». Un opérateur économique confirme cette observation. Dans sa réponse, il dépeint un manque d'efforts pour réduire le principal problème que représente la lourdeur administrative. Pour lui, les réformes récentes « *ne servent qu'à créer un cadre instable sur des mesures très dispensables* ». Il en va de même pour 5 autorités contractantes qui abondent en ce sens. Elles estiment que les mesures récentes deviennent « *de plus en plus complexes, car le législateur n'écoute pas le terrain* » et, par conséquent, qu'elles « *ne concernent pas la réalité du terrain et ne sont pas généralisantes* »⁹²⁵. Les propos de 2 opérateurs économiques illustrent ce décalage. En effet, le premier regrette que les mesures récentes ne résolvent pas des difficultés pratiques relatives à l'imprécision des critères RSE et à la volonté politique d'une préférence aux entreprises à capital français. Le deuxième, quant à lui, critique l'absence de connexion de la plateforme PLACE aux supports de diffusion et les risques de délaissage des entreprises locales au profit de grands groupes nationaux, plus aguerris à de tels outils. Une commune,

⁹²² 271 AC, 43 OE, et 20 AV.

⁹²³ Le même parallèle peut être dressé s'agissant de certains sondés indiquant spontanément leur perception négative de la simplification du droit de la commande publique dans le cadre de la première question du sondage relative à la définition du droit de la commande publique : cf. *supra*, Partie 3, Section 1, §I., A., 1.

⁹²⁴ 58 AC sur 271, 9 OE sur 43, et 4 AV sur 20.

⁹²⁵ 1 AC.

quant à elle, considère que les obligations environnementales ont « *considérablement complexifié le droit de la commande publique* »⁹²⁶. Finalement, pour une administration centrale de l'État, les évolutions récentes ne sont que des « *mesures de management, des mesures informatives* »⁹²⁷, non pas de véritables refontes simplificatrices de la commande publique. Le rehaussement du seuil des marchés publics de travaux et le décret n° 2024-1251 ne porteraient ainsi que sur « *des détails* », « *déplaçant le curseur financier* », à lire 2 autres autorités contractantes.

Par ailleurs, pour 4 autorités contractantes, la simplification est inobservée du côté des acheteurs et des autorités concédantes : la faveur est aux entreprises. L'une d'elles égraine plusieurs exemples, parmi lesquels :

*« la régularisation des offres, le droit à l'erreur, la possibilité de retenir les offres mêmes si les entreprises sont en redressement judiciaire, l'obligation pour l'acheteur de vérifier la régularité fiscale et le respect des obligations sociales tout au long de la durée de l'exécution du marché, ainsi que la mise en œuvre des clauses d'exécution des contrats (comme l'utilisation des matériaux issus du recyclage), sans compter la publication des données essentielles en sus des avis d'attribution et la déclaration des achats durables. »*⁹²⁸

Cette impression de faveur pour les opérateurs économiques ne semble, pour autant, pas majoritairement partagée par les répondants, en particulier au regard du nombre de réponses d'autorités contractantes reconnaissant, spontanément, des évolutions simplificatrices récentes.

B. La reconnaissance majoritaire d'un mouvement de simplification

Reconnaissance de simplification. Majoritairement, 254 participants sur 334 (soit 76,05 %)⁹²⁹ constatent des évolutions favorables à une simplification de la commande publique ces dernières années.

⁹²⁶ 1 AC.

⁹²⁷ 1 AC.

⁹²⁸ 1 AC.

⁹²⁹ 205 AC sur 271, 33 OE sur 43 et 16 AV sur 20. Un total de 9 sondés a expressément indiqué n'avoir aucune opinion sur ce sujet, certains d'entre eux expliquant ceci par une prise récente de poste.

Tout d'abord, cette donnée permet de démythifier le caractère illusoire de la simplification du droit de la commande publique – qui pouvait d'ailleurs ressortir de l'enquête qualitative⁹³⁰ – puisque, d'eux-mêmes, les répondants partagent, à une forte proportion, des phénomènes ou des mesures qu'ils considèrent simplificateurs. Il importe de souligner que ces réponses sont spontanées, en ce qu'elles font suite à une question ouverte sur les évolutions récentes simplificatrices, sans aucune proposition de mesure spécifique. Parmi ces mesures spontanément identifiées comme simplificatrices figurent le rehaussement des seuils pour les marchés publics conclus sans publicité ni mise en concurrence (136 sondés sur 334, soit 40,72 %)⁹³¹, l'évolution de certaines règles des procédures de passation vers davantage de souplesse (57 sur 334, soit 17,07 %)⁹³², la dématérialisation de la commande publique (44 sur 334, soit 13,17 %)⁹³³, le décret n° 2024-1251 du 30 décembre 2024 (30 sur 334, soit 8,98 %)⁹³⁴, et la codification opérée par le Code de la commande publique (27 sur 334, soit 8,08 %)⁹³⁵.

Le tableau ci-après détaille les réponses des répondants dans leur identification spontanée d'évolutions récentes simplifiant le droit de la commande publique (**Figure 2.49**). Une précision méthodologique doit être apportée à ce stade. L'analyse des réponses spontanées sur les mesures récentes considérées comme simplificatrices par les sondés nécessitait un regroupement par mots-clefs afin d'en dresser, non sans une part de subjectivité, une typologie dans ce tableau.

Figure 2.49 : Réponses spontanées des sondés sur les évolutions récentes du droit de la commande publique perçues comme simplificatrices

	AV	AC	OE	Total
<i>Nombre de réponses exploitables⁹³⁶</i>	20	271	43	334
Code de la commande publique	3	18	6	27
Harmonisation du droit de la commande publique	2	0	0	2
Adoption des nouveaux CCAG	1	6	2	9
Rehaussement des seuils	6	120	10	136
Adaptation/assouplissement des procédures de passation	4	53	0	57

⁹³⁰ À cette occasion, les interviewés étaient peu nombreux à avoir une perception positive des mesures récentes de simplification.

⁹³¹ 120 AC sur 271, 10 OE sur 43 et 6 AV sur 20.

⁹³² 53 AC sur 271 et 4 AV sur 20.

⁹³³ 30 AC sur 271, 8 OE sur 43 et 6 AV sur 20. Ce résultat conforte ceux d'un précédent rapport de la Chaire. Voir : F. Lichère (dir.), *La digitalisation de la commande publique*, Chaire de droit des contrats publics, 2023, disponible en ligne : <https://chairedcp.univ-lyon3.fr/rapport-digitalisation-de-la-commande-publique>.

⁹³⁴ 20 AC sur 271, 10 OE sur 43 et 2 AV sur 20.

⁹³⁵ 18 AC sur 271, 6 OE sur 43 et 3 AV sur 20.

⁹³⁶ Certaines réponses ne peuvent être exploitées en raison de la déconnexion entre les propos partagés et la question posée, par exemple en évoquant des attentes ou des propositions prospectives ou en ne ciblant pas des mesures récentes (antérieures aux directives 2014/23/UE, 2014/24/UE et 2014/25/UE). Pour éviter tout biais dans l'analyse des résultats, le choix a été fait de les exclure du panel des réponses à la question : « Quelle(s) évolution(s) récente(s) du droit de la commande publique jugez-vous simplificatrice(s) ? Pourquoi ? ».

Obligation d'allotir	0	0	1	1
Décret n° 2024-1251 du 30 décembre 2024	2	18	10	30
Dématérialisation, numérique et IA	6	30	8	44
Réduction du formalisme	1	18	2	21
Standardisation des documents (DUME, FNS, etc.)	2	8	5	15
Jurisprudence (imprévision, règle des 3 devis, etc.)	0	4	1	5
Environnementalisation	1	1	0	2
Révision des prix	0	2	0	2
Régime des avances	0	4	0	3
Aucune	4	58	9	71
<i>Sans opinion</i>	0	8	1	9

Ensuite, en décomposant les résultats en fonction de la qualité du répondant (avocat, autorité contractante ou opérateur économique), la subjectivité qui pourrait imprégner la notion de simplification s'estompe quelque peu, sans pour autant être totalement objective. La substance de la simplification semble avoir un socle commun aux trois catégories de sondés, à quelques rares exceptions près (notamment concernant l'adaptation des procédures de passation⁹³⁷). Les principales catégories d'évolutions récentes coïncident, mise à part l'adaptation des procédures, auprès des avocats, des autorités contractantes et des opérateurs économiques. Dès lors, la croyance d'une simplification en faveur exclusivement des entreprises tombe face à ces données.

Au-delà de l'identification d'évolutions récentes ayant eu des effets positifs sur la simplification du droit de la commande publique, plusieurs sondés ont précisé les raisons qui, selon eux, expliquent que les mesures qu'ils ont mentionnées s'inscrivent dans une démarche simplificatrice du droit.

Code de la commande publique. Pour 27 sondés⁹³⁸, l'adoption du Code de la commande publique est une mesure de simplification, tandis qu'ils étaient 5 interviewés à avoir une perception positive de la codification et 9 à exprimer une opinion plus nuancée.

Pour en revenir à l'enquête quantitative, 2 avocats sondés insistent sur les **atouts de cette codification** : sa clarté, sa structure, et le fait qu'elle ait été effectuée à droit constant. Le Code de la commande publique améliore la lisibilité des règles, notamment en réunissant dans un seul corpus de règles des textes auparavant éparpillés (à l'image de la *loi MOP* ou du régime des concessions, soulignent 7 autorités contractantes). Il apporte, dans la continuité des

⁹³⁷ Cette différence se comprend aisément par le fait que sont, ici, en cause des mesures qui concernent directement les autorités contractantes, peu les opérateurs économiques.

⁹³⁸ 18 AC sur 271, 6 OE sur 43 et 3 AV sur 20.

directives européennes 2014/23/UE, 2014/24/UE et 2014/25/UE, des précisions bienvenues, selon un opérateur économique, au regard des attentes, à l'époque, des praticiens. Tel est le cas, en particulier, de la clarification du régime des modifications en cours d'exécution des contrats de la commande publique, de la mutualisation des besoins à travers des groupements de commandes, de l'encadrement juridique du sourçage et de la procédure avec négociation.

CCAG. Dans la continuité de l'adoption du Code de la commande publique, un avocat, 6 autorités contractantes et 2 opérateurs économiques **associent l'adoption des nouveaux CCAG** en 2021 à une mesure de simplification du droit de la commande publique. L'un des opérateurs économiques, suivi par une autorité contractante, constate que la création d'un CCAG dédié aux marchés publics de maîtrise d'œuvre témoigne d'une adaptation des documents contractuels aux spécificités des prestations d'un maître d'œuvre, même si « *le CCAG-MOE fait l'objet de nombreuses dérogations dans les CCAP* ».

Harmonisation. L'adoption, ces dernières années, de certaines mesures réglementaires ou législatives d'alignement du régime des délégations de service public au régime des concessions de services participe à la simplification du droit de la commande publique. Tel est le cas, pour un avocat sondé, de la modification en 2024 de l'arrêté de 2007 relatif à la réglementation des jeux dans les casinos⁹³⁹ permettant d'éviter la conclusion d'un bail emphytéotique administratif dans le cadre d'une délégation de service public et de la modification des dispositions relatives aux délégations de service public du Code général des collectivités territoriales. Ainsi, la simplification semble, à en croire les exemples fournis par les sondés, portée par l'effort de clarification et d'harmonisation des régimes des différents contrats de la commande publique.

Dans le même sens, un avocat relève l'harmonisation partielle des régimes des marchés publics et des contrats de concessions. Aucun élément n'est, en revanche, apporté par le répondant pour étayer son propos.

Rehaussement des seuils. Pour 136 sondés⁹⁴⁰, le rehaussement des seuils d'exception de mise en concurrence (dont celui à 100 000 euros pour les marchés de travaux⁹⁴¹

⁹³⁹ Arrêté du 24 octobre 2024 modifiant l'arrêté du 14 mai 2007 relatif à la réglementation des jeux dans les casinos, *JORF*, n° 0258 du 30 octobre 2024, texte n° 15.

⁹⁴⁰ 120 AC, 10 OE et 6 AV.

⁹⁴¹ Régime dérogatoire prolongé jusqu'au 31 décembre 2025 par le décret n° 2024-1217 du 28 décembre 2024 relatif au seuil de dispense de publicité et de mise en concurrence préalables pour les marchés de travaux (*JORF*, n° 0308 du 29 décembre 2024, texte n° 26).

et celui à 300 000 euros pour les marchés innovant dans la défense et la sécurité⁹⁴²) est gage de simplification au quotidien pour les acheteurs⁹⁴³. Ces résultats confortent ceux de l'enquête qualitative puisque 11 interviewés avaient estimé que le rehaussement des seuils avait un effet potentiellement simplificateur. Même si, selon l'un des avocats sondés ayant répondu à la question, ce n'est pas nécessairement une solution adéquate au regard des principes fondamentaux de la commande publique, ceci atteste d'une volonté de prendre en considération la réalité des acheteurs. En effet, comme l'observe un opérateur économique, « *les différents relèvements des seuils de publicité sont particulièrement pratiques au niveau opérationnel pour des marchés répondant à des petits besoins* »⁹⁴⁴. Les collectivités territoriales avec de faibles moyens sont d'ailleurs les premières concernées, car, suivant l'expérience d'un autre opérateur économique, nombreuses sont celles à ne pas être en capacité technique de traiter l'émission d'un dossier de consultation, la passation et le suivi d'un marché. Enfin, un dernier opérateur économique applaudit cette évolution :

« [elle] réduit le formalisme, optimise le temps et les ressources des acheteurs publics, facilite l'accès des TPE et des PME à la commande publique augmentant les opportunités de réponses rapides à l'échelle locale »⁹⁴⁵.

De leur côté, les autorités contractantes approuvent « *l'adaptation au terrain et à la flexibilité attendue par le monde économique* » d'une telle mesure⁹⁴⁶. Elle offre « *une meilleure réactivité en cas de travaux d'ampleur modeste* », selon l'une d'elles⁹⁴⁷. Confirmant cet avis, une autre défend le montant de 100 000 euros qui lui « *paraît justifié compte tenu du fait que la plupart du temps ce sont des marchés sans grande complexité technique et permettant aux acheteurs de privilégier, pour ces marchés, des opérateurs locaux dont les tarifs sont connus* »⁹⁴⁸. Toutefois, une autorité contractante regrette que « *les collectivités soient frileuses et refusent d'utiliser la souplesse qu'apporte le rehaussement du seuil pour les marchés de travaux* »⁹⁴⁹. À cela, une collectivité territoriale répond qu'il ne s'agit que d'une faculté pour

⁹⁴² Décret n° 2024-1251 du 30 décembre 2024 portant diverses mesures de simplification du droit de la commande publique, JORF, n° 0309 du 31 décembre 2024, texte n° 67.

⁹⁴³ Le seuil pour les achats innovants est également évoqué par certains sondés.

⁹⁴⁴ 1 OE.

⁹⁴⁵ Un autre opérateur économique estime que le rehaussement des seuils est bénéfique pour les acheteurs en termes de temps et de ressources, car « *la mise en concurrence coûte parfois plus cher que l'achat lui-même* ».

⁹⁴⁶ 1 AC.

⁹⁴⁷ Une autre collectivité territoriale reconnaît la vertu simplificatrice de ce dispositif en particulier en cas de besoins urgents de travaux à la suite d'un sinistre.

⁹⁴⁸ 1 AC.

⁹⁴⁹ Ce propos est quelque peu corroboré par les données statistiques résultant de la question à choix multiple. Voir : *infra*.

les structures publiques d'y recourir lorsqu'elles estiment cela intéressant. D'ailleurs, une autre collectivité insiste sur la nécessité de renforcer le contrôle interne lors de la conclusion de tels contrats :

« Le risque de délit de favoritisme augmente proportionnellement avec le montant du seuil. Il y a plus de risque à 100 000 euros qu'à 40 000 euros. Les parlementaires ont souhaité libérer le temps de la passation tandis que le juge pénal et la chambre régionale des comptes augmentent leurs contrôles sur ces procédures. Il faut donc créer des règles internes plus contraignantes que le texte initial par crainte des poursuites judiciaires. »⁹⁵⁰

Quoiqu'il en soit, la moitié des autorités contractantes ayant répondu reconnaît spontanément le gain de temps résultant de ce rehaussement des seuils.

Adaptation des procédures. Par ailleurs, l'un des avocats sondés reconnaît les vertus de la pratique des trois devis. Pour un de ses confrères, le régime des « *petits lots* » a également eu un effet simplificateur en permettant « *davantage de souplesse sans remettre en cause les principes fondamentaux* » de la commande publique⁹⁵¹. Un troisième avocat, quant à lui, estime l'absence de publicité et de mise en concurrence pour les marchés publics innovants comme un vecteur de simplification. Il en va de même, pour un autre avocat sondé, de la prolongation de l'expérimentation des achats innovants.

L'adaptation des procédures de passation est également évoquée par 53 autorités contractantes (sur 271). Sont notamment mentionnées, sans que cette liste ne soit exhaustive⁹⁵², par les répondants :

- **L'inversion des phases de candidatures et d'offres qui permet de ne vérifier la candidature que de l'offre retenue** : pour 12 autorités contractantes sur 53 ;
- **Le régime dérogatoire des marchés innovants qui permet d'envisager la contractualisation de solution à coconstruire entre l'entreprise innovante et l'acheteur** : pour 8 autorités contractantes sur 53 ;
- **La régularisation des offres** : pour 5 autorités contractantes sur 53 ;

⁹⁵⁰ 1 AC.

⁹⁵¹ 1 AV.

⁹⁵² Certains sondés (6 AC sur 53) ont indiqué, sans précision, la *Loi ASAP*. Par ailleurs, une réponse ne peut être partagée pour respecter l'anonymat. Elle peut être brièvement présentée comme étant l'introduction d'un régime d'exclusion pour certains marchés dans des secteurs stratégiques sensibles. Enfin, sans précision, la *Loi Sapin 2* est considérée comme une mesure de simplification pour une dernière autorité contractante.

- **L'absence de signature à la remise de l'offre de l'acte d'engagement réduisant les risques d'un formalisme rigide, en cas d'absence du document puisqu'elle ne constitue plus une irrégularité de l'offre :** pour 5 autorités contractantes sur 53 ;
- **La possibilité de négocier, dans certains cas, pour une meilleure adéquation des offres au besoin de l'acheteur et une meilleure gestion des deniers publics :** pour 5 autorités contractantes sur 53 ;
- **Les allègements liés au rôle et aux compétences de la commission d'appels d'offres :** pour 4 autorités contractantes sur 53 ;
- **La simplification des accords-cadres :** pour 2 autorités contractantes sur 53 ;
- **Le sourçage pour préciser les besoins de l'acheteur :** pour 2 autorités contractantes sur 53 ;
- **Le recours à des marchés globaux :** pour 2 autorités contractantes sur 53 ;
- **La suppression de l'obligation d'allotissement pour les entités adjudicatrices en cas de risque de procédure infructueuse :** pour 2 autorités contractantes sur 53 ;
- **La possibilité pour les entités adjudicatrices d'autoriser les opérateurs économiques à remettre des offres variables en fonction du nombre de lots susceptibles d'être obtenus, en cas d'allotissement :** pour une autorité contractante sur 53.

Obligation d'allotissement. Un opérateur économique sondé accueille favorablement le principe de l'allotissement obligatoire. Il la juge comme « *une évolution récente véritablement simplificatrice, car elle favorise l'accès des TPE et PME à la commande publique en leur permettant de répondre à des marchés adaptés à leur taille et à leurs capacités* », et « *elle simplifie leur entrée sur des segments auparavant dominés par de grands groupes* »⁹⁵³. La division en lots accroît la concurrence et renforce la transparence, selon lui : « *ce mécanisme contribue ainsi à une meilleure répartition des marchés et à une économie plus inclusive* ». À rebours, 3 interviewés⁹⁵⁴ appelaient de leurs vœux un inversement du principe de l'allotissement et des marchés globaux.

⁹⁵³ 1 OE.

⁹⁵⁴ 1 AC et 2 AV.

Décret du 30 décembre 2024. Le décret du 30 décembre 2024⁹⁵⁵ atteint, selon 30 sondés⁹⁵⁶, sa finalité de simplification du droit de la commande publique au regard de la possibilité de modifier la composition des groupements en cours de procédure avec négociation ou de dialogue compétitif. Contrairement à la majorité des interviewés qui avaient exprimé un avis négatif⁹⁵⁷ sur la souplesse accordée dans la composition des candidatures des groupements, les sondés accueillent favorablement la souplesse accordée par le décret du 30 novembre 2024. Comme en témoigne un opérateur économique sondé, le régime antérieur n'était pas adapté à la réalité économique en raison de l'augmentation des marchés globaux, des délais des procédures avec négociation, mais surtout du fait de l'inadéquation avec les injonctions économiques du marché que sont la disparition d'entreprises ou leur fragilisation, le changement de stratégie commerciale ou le développement de nouveaux produits en cours de procédure. En outre, un répondant partage que « *les accords préliminaires visant à constituer un groupement pour une candidature étaient généralement insatisfaisants du fait de l'information très limitée disponible avant l'émission d'un DCE* »⁹⁵⁸. Ceci était d'autant plus préjudiciable pour les projets publics que, comme l'indique un autre opérateur économique, les besoins de l'acheteur peuvent évoluer au fur et à mesure de la procédure en dialogue compétitif : « *le groupement doit alors pouvoir s'adapter lui aussi* »⁹⁵⁹, ce qui est désormais le cas. Dès lors, l'effet simplificateur de cette disposition s'explique, à suivre un troisième opérateur économique, par « *la souplesse accordée afin d'adapter les offres en pluridisciplinarité et encourage des consortiums innovants* »⁹⁶⁰.

Par ailleurs, certains sondés⁹⁶¹ relèvent comme mesure simplificatrice de ce décret : l'assouplissement des règles d'exécution financière avec la réduction du montant de la garantie pour les marchés conclus avec les TPE et les PME. Ceci « *améliore la trésorerie desdites entreprises* »⁹⁶², confie un des opérateurs économiques. L'augmentation de la part minimale réservée aux TPE et PME dans les marchés globaux à 20 % est également évoquée par celui-ci, ainsi que par une autorité contractante.

⁹⁵⁵ Décret n° 2024-1251 du 30 décembre 2024 portant diverses mesures de simplification du droit de la commande publique, *JORF*, n° 0309 du 31 décembre 2024, texte n° 67.

⁹⁵⁶ 18 AC, 10 OE et 2 AV.

⁹⁵⁷ 3 AC, 3 OE et 2 AV.

⁹⁵⁸ 1 OE.

⁹⁵⁹ 1 OE.

⁹⁶⁰ 1 OE.

⁹⁶¹ 4 AC, 2 OE et 1 AV.

⁹⁶² 1 OE.

Dématérialisation. Pour 44 sondés⁹⁶³, la dématérialisation participe à la simplification du droit de la commande publique⁹⁶⁴. Comme l'expliquent un avocat et 4 autorités contractantes, les effets positifs de la dématérialisation se rencontrent dans la réduction significative des délais et des coûts des échanges entre les opérateurs économiques et les acheteurs⁹⁶⁵. À ce titre, un opérateur économique reconnaît que la dématérialisation :

*« permet non seulement un accès élargi à la commande publique, mais aussi, dans sa mise en œuvre, elle évite de nombreuses impressions papier, et offre la possibilité de travailler sur des offres jusqu'au dernier moment pour y apporter d'éventuelles modifications ou apports avant le délai de remise des offres. »*⁹⁶⁶

Ces résultats nuancent les constats dressés sur les facteurs de complexité lorsqu'ils n'infirment pas ceux de l'enquête qualitative à l'occasion de laquelle 3 interviewés avaient jugé la dématérialisation, ou certaines mesures de dématérialisation, peu simplificatrices, voire inopérantes.

Réduction du formalisme. En outre, pour un avocat, l'encadrement des modalités de constitution des dossiers de candidature est simplificateur. Pour autant, aucun élément n'est apporté par le répondant afin d'expliciter son propos. La réduction du formalisme est également soulignée par 18 autorités contractantes et 2 opérateurs économiques, notamment avec le guichet unique du « *dites-le-nous une fois* ». Pour une des autorités contractantes, ceci favorise l'accès des TPE et PME à la commande publique. Une autre autorité contractante relève

⁹⁶³ 30 AC, 8 OE et 6 AV. Plus spécifiquement, 2 opérateurs économiques mentionnent l'intelligence artificielle, le numérique et la plateforme PLACE pour les contrats de l'État.

⁹⁶⁴ Un avocat sondé admet toutefois que la dématérialisation des procédures s'est faite, pendant la phase de transition et d'adaptation, au prix d'une complexification des pratiques pour les acheteurs. Un opérateur économique confirme et ajoute que les solutions numériques pour les achats engendrent parfois des lenteurs et des redondances inutiles en raison de process inaboutis.

⁹⁶⁵ Une des autorités contractantes ajoute : « *La simplification vient également des outils récents précieux mis à disposition : API permettant de récupérer souvent depuis un profil d'acheteur automatiquement certains documents des entreprises (attestations Urssaf, etc.). Le site Annuaire entreprises est très facilitant également pour les agents publics par exemple pour vérifier si des entreprises font l'objet de faillite ou de redressement judiciaires (les entreprises oublient souvent de prévenir les acheteurs malgré les règles leur imposant dans le CCAG). Chorus Pro pour le dépôt des factures des entreprises. Chorus Pro Signature électronique est un vrai plus aussi. Enfin, il y a la plateforme « marchés de l'inclusion », le site récapitulant les ressources (très nombreuses) sur le développement durable dans la commande publique: <https://achats-durables.gouv.fr> ».*

⁹⁶⁶ 1 OE.

essentiellement la levée de l'obligation de vérification du casier judiciaire qui allège la pratique⁹⁶⁷.

Standardisation des documents. Pour 15 sondés⁹⁶⁸, l'institution du document unique de marché européen (DUME) et du formulaire national standard (FNS) facilite la candidature des opérateurs économiques, y compris pour les TPE et les PME⁹⁶⁹. Un opérateur économique explique que le DUME « *fait gagner du temps aux entreprises répondant aux marchés sans pour autant porter atteinte aux besoins d'appréciation des acheteurs publics* »⁹⁷⁰. Pour autant, un autre opérateur économique confie que le service *Marché public simplifié* (MPS) qui existait jusqu'au 30 septembre 2019 s'avérait plus efficace que le DUME, ce dernier a quelque peu complexifié la situation « *en raison d'une mauvaise utilisation par les entreprises et les acheteurs, ainsi que la transmission de fichiers volumineux en lieu et place d'un seul KBIS* ». Ces points de vue contrastent avec ceux qui avaient été exprimés lors des interviews puisque 5⁹⁷¹ des 21 répondants à s'être prononcés sur le DUME estimaient, sans exception, qu'il ne s'agissait pas d'une mesure de simplification du droit.

Jurisprudence. L'avis du Conseil d'État du 15 septembre 2022⁹⁷² intéressant, en partie, l'application de la théorie de l'imprévision aux contrats de la commande publique apporte un éclairage utile pour 2 opérateurs économiques et une autorité contractante⁹⁷³. Ces derniers considèrent cette interprétation du Conseil d'État comme simplificatrice, sans pour autant apporter d'explications à leur propos. Dans cette continuité, 3 autres autorités contractantes considèrent la jurisprudence comme un vecteur de simplification, notamment pour clarifier les règles procédurales pour les marchés sous les seuils de publicité, comme la règle dite des trois devis.

Environnementalisation. Sans préciser son propos, un avocat sondé estime le mouvement de verdissement de la commande publique comme vecteur de simplification en tenant en compte le coût du cycle de vie des matériaux et produits dans la définition des besoins

⁹⁶⁷ Attention, la Chaire souhaite rappeler qu'il demeure obligatoire pour les acheteurs et les autorités concédantes d'exclure tout candidat ayant été condamné à certaines infractions conformément aux dispositions des articles L. 2141-1 et suivants, et L. 3123-1 et suivants du Code de la commande publique.

⁹⁶⁸ 8 AC, 5 OE et 2 AV.

⁹⁶⁹ L'un des avocats sondés souligne toutefois qu'il n'a, pour l'heure, jamais utilisé le DUME.

⁹⁷⁰ 1 OE. Une autorité contractante confirme ce propos : « *Le DUME permet à une entreprise de ne perdre du temps qu'une seule fois* ».

⁹⁷¹ 1 AC, 3 OE et 1 AV.

⁹⁷² CE, Ass., Avis, 15 sept. 2022, *Avis relatif aux possibilités de modification du prix ou des tarifs des contrats de la commande publique et aux conditions d'application de la théorie de l'imprévision*, n° 405540.

⁹⁷³ Celle-ci considère l'avis comme l'unique mesure de simplification du droit de la commande publique.

et l'analyse des offres. Le verdissement de la commande publique est également perçu comme un mouvement de simplification pour une autorité contractante qui évoque le schéma de promotion des achats publics socialement et écologiquement responsables (SPASER) comme un outil pertinent pour une meilleure prise en compte des critères sociaux et environnementaux dans l'achat public.

Révision des prix et régime des avances. Enfin, deux évolutions récentes ont été relevées uniquement par les autorités contractantes, sans apporter de précisions particulières : celle concernant la révision des prix⁹⁷⁴ et celle relative au régime des avances⁹⁷⁵. Sur ce point, on rappellera utilement que 8⁹⁷⁶ interviewés avaient considéré que ces mesures n'étaient pas simplificatrices, à l'instar de la doctrine.

§II. L'évaluation par les sondés d'une sélection de mesures simplificatrices

Présentation. Après avoir spontanément indiqué, dans le cadre d'une question ouverte, les mesures récentes qu'ils estiment simplificatrices, les sondés devaient choisir parmi une sélection de mesures récentes, celles qui, selon eux, simplifient le droit de la commande publique, avec la possibilité de cocher plusieurs réponses. Les résultats permettent d'affirmer qu'une forte majorité des 537 praticiens ayant répondu à cette question⁹⁷⁷ observe, depuis quelques années, un véritable phénomène de simplification du droit de la commande publique (A.). L'analyse des données recueillies auprès des autorités contractantes et des opérateurs économiques offre un aperçu plus précis des mesures considérées comme simplificatrices en fonction de la nature de la structure du répondant (B.).

A. La reconnaissance d'un mouvement de simplification par les sondés

Relativisation de l'absence de simplification. Si, spontanément, 71 des 334 sondés ayant répondu à la question ouverte sur les évolutions simplificatrices récentes (soit 21,26 %) n'en constataient aucune⁹⁷⁸, uniquement 10,99 % (soit 59 répondants) des 537 participants n'ont sélectionné aucune mesure récente parmi les huit proposées dans la liste qui

⁹⁷⁴ 2 AC.

⁹⁷⁵ 4 AC.

⁹⁷⁶ 2 AC, 4 OE, et 2 AV.

⁹⁷⁷ 426 AC, 42 AV, et 69 OE.

⁹⁷⁸ Voir *supra*.

leur était soumise. Précisément, ces retours proviennent de 9 avocats sur 42 (soit 21,43 % des avocats ayant répondu à la question)⁹⁷⁹, 41 autorités contractantes sur 426 (soit 9,62 % des autorités contractantes ayant répondu)⁹⁸⁰ et 9 opérateurs économiques sur 69 (soit 13,04 % des opérateurs économiques ayant répondu)⁹⁸¹. Au regard de la diversité de nature de ces répondants (voir **Figure 2.50**), aucune hypothèse particulière ne peut être formulée sur les raisons qui expliqueraient l'absence de reconnaissance d'un caractère simplificateur des mesures législatives et réglementaires récentes proposées aux répondants.

En revanche, une observation intéressante est à souligner en croisant ces résultats aux données précédemment obtenues lors de la phase de réponse spontanée. Le nombre, en valeur absolue, de répondants n'estimant pas connaître de mesures simplificatrices récentes a diminué de 12 (71 à 59) tandis que l'échantillon a augmenté de 203 (334 à 537). Ce résultat ne peut se comprendre qu'à la condition que des sondés ayant répondu spontanément aient reconnu ensuite, lors de la lecture de la liste qui leur était soumise, des vertus simplificatrices à certaines mesures récentes auxquelles ils n'avaient vraisemblablement pas pensé. Tel est, effectivement, le cas puisque 62 sondés sur 71 (soit 87,32 %)⁹⁸² sont revenus sur leur déclaration en relevant, au minimum, une mesure simplificatrice, généralement la codification du Code de la commande publique ou la révision du régime des modifications des marchés publics et des contrats de concessions à la suite de la transposition des directives 2014/23/UE, 2014/24/UE et 2014/25/UE⁹⁸³. D'ailleurs, 2 autorités contractantes ont finalement admis que sur les huit propositions soumises, sept étaient simplificatrices, à l'exception, pour leur part, de la révision du régime des modifications⁹⁸⁴.

⁹⁷⁹ Parmi eux, un avocat conseille uniquement les autorités contractantes, un autre les opérateurs économiques, et les 7 derniers indistinctement les deux.

⁹⁸⁰ Dont 6 communes, 5 EPCI, 4 départements, 3 sociétés nationales à capitaux publics, une personne publique *sui generis*, 3 établissements publics de santé, 5 établissements publics administratifs de l'Etat, 2 établissements publics locaux d'enseignement, 2 établissements publics administratifs locaux, une société d'économie mixte, 3 administrations centrales de l'État, 3 administrations territoriales de l'État et 3 autres organismes qui n'ont pas souhaité préciser leur nature.

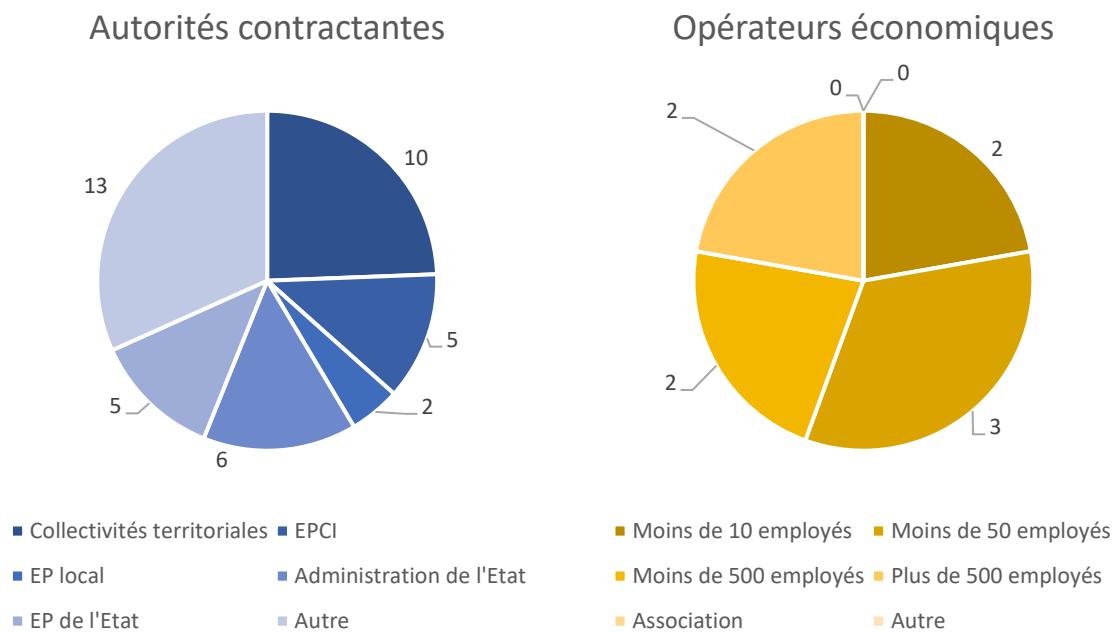
⁹⁸¹ À savoir : 2 entreprises de moins de 10 employés, 3 de moins de 50, 2 de moins de 500 et 2 de plus de 500.

⁹⁸² 52 AC sur 58, 7 OE sur 9 et 3 AV sur 4.

⁹⁸³ À l'inverse, un cas intrigue, celui d'un avocat qui avait insisté sur l'apport simplificateur du rehaussement des seuils de passation sans publicité et mise en concurrence. À l'occasion de la question à choix multiple, il dénie tout caractère simplificateur aux mesures proposées, dont le rehaussement du seuil des marchés publics de travaux à 100 000 euros.

⁹⁸⁴ La complexité du nouveau régime de modification avait pu être relevée par certains enquêtés lors des enquêtes de terrain menées à l'occasion du rapport sur les modifications en 2023 par la Chaire. Voir : F. Lichère (dir.), *Modification des contrats de la commande publique*, Chaire de droit des contrats publics, 2023, disponible en ligne : <https://chairedcp.univ-lyon3.fr/rapport-modification-des-contrats-de-la-commande-publique>.

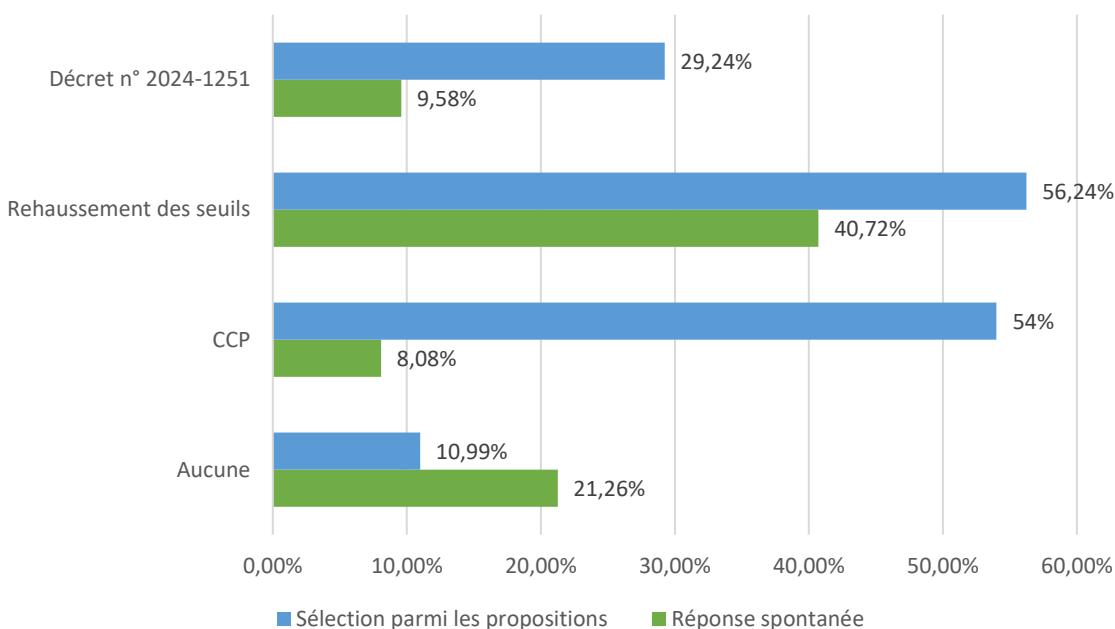
Figure 2.50 : Nature des autorités contractantes et des opérateurs économiques sondés estimant non simplificatrices les mesures législatives et réglementaires récentes



À ce propos, le graphique ci-après dresse un bref panorama comparatif entre les réponses des sondés dans le cadre de la question ouverte et celles dans le cadre de la question à choix multiples (**Figure 2.51**). Certaines évolutions récentes sont plus associées à la simplification lors de cette deuxième phase de l'enquête qu'au moment des réponses spontanées des répondants. Alors que le Code de la commande publique participait à la simplification du droit de la commande publique seulement pour seulement 8,08 % des sondés à l'occasion de la question ouverte, ce taux grimpe, ici, à 54 %⁹⁸⁵. Il en va de même pour le décret n° 2024-1251 du 30 décembre 2024 qui recueille jusqu'à 29,24 % des opinions des participants (s'agissant de l'autorisation de la constitution et de la modification d'un groupement d'opérateurs économiques avant la signature du marché), contre 9,58 % de manière spontanée.

⁹⁸⁵ Ceci pourrait s'expliquer par le fait que les sondés n'aient pas spontanément songé au Code de la commande publique lors de la première phase de l'enquête en raison de la formulation de la question. En effet, compte tenu de la date d'adoption du Code, il est possible que les sondés n'aient pas songé que cela faisait partie des évolutions récentes évoquées dans le cadre de la question ouverte de la première phase.

Figure 2.51 : Comparatif sommaire entre les réponses spontanées des sondés et leur évaluation du caractère simplificateur de mesures présélectionnées⁹⁸⁶



Reconnaissance de simplification affirmée. À travers ce sondage, un constat clair est tiré : celui d'un consensus sur la réalité du phénomène de simplification du droit de la commande publique. Loin d'être illusoire, l'objectif de simplification est atteint par certaines mesures récemment adoptées, en particulier le Code de la commande publique, sa structuration, la révision du régime de modification des contrats de la commande publique dans le cadre de la transposition des directives européennes de 2014, le rehaussement du seuil des marchés de travaux à 100 000 euros (prolongé par le décret n° 2024-1217 du 28 décembre 2024), l'augmentation du taux des avances à 30 % par le décret n° 2022-1683 du 28 décembre 2022, et les principaux apports du décret n° 2014-1251 du 30 décembre 2024 (affichant explicitement

⁹⁸⁶ La comparaison a nécessité quelques accommodements raisonnables afin d'en faciliter la présentation. Tout d'abord, pour la codification du Code de la commande publique, seules ont été retenues pour ce graphique les données relatives à son adoption (et non sa structure) parmi les données provenant de la question fermée à choix multiple. Les propos relevés spontanément par les sondés allaient, effectivement, dans ce sens. Par ailleurs, en raison d'une faible occurrence dans les réponses spontanées des sondés de la révision du régime des modifications des marchés publics et des concessions, cette catégorie n'apparaît pas dans le comparatif. Enfin, le décret n° 2024-1251 du 30 décembre 2024 (précité) regroupe l'ensemble des mesures qu'il porte. Ainsi, seule la statistique la plus élevée (celle correspondant à l'autorisation de constitution et de modification d'un groupement d'opérateurs économiques avant la signature du marché) a été retenue pour représenter, sommairement, la position du panel d'enquête.

sa volonté de simplification du droit de la commande publique)⁹⁸⁷. En effet 478 sondés sur 537 (soit 89,01 %)⁹⁸⁸ considèrent qu'au moins une de ces mesures est simplificatrice.

Précisément, la mesure phare de la simplification est, selon 302 sondés sur 537 (soit 56,24 %)⁹⁸⁹, **le rehaussement du seuil des marchés publics de travaux à 100 000 euros et sa prolongation par le décret n° 1217-2024 du 28 décembre 2024**. L'adoption du **Code de la commande publique participe également à la simplification du droit de la commande publique**, pour 290 participants sur 537 (soit 54 %)⁹⁹⁰, ainsi que sa structure pour 158 répondants sur 537 (soit 29,42 %)⁹⁹¹. Le nouveau régime de modifications, découlant de la transposition des directives européennes 2014/23/UE, 2014/24/UE et 2014/25/UE, est quant à lui moins plébiscité pour son caractère simplificateur. Seuls 93 sondés sur 537 (soit 17,32 %)⁹⁹² lui reconnaissent une telle vertu. Les avis sont également plus mitigés s'agissant des dispositions du décret n° 2024-1251 du 30 décembre 2024. Certes, l'objectif de simplification porté par l'autorisation de constitution et de modification d'un groupement d'entreprises avant la signature du marché est approuvé par 157 répondants sur 537 (soit 29,24 %)⁹⁹³. Toutefois, les deux autres principales mesures de simplification ne sont pas considérées en tant que telles par une grande majorité des participants. Uniquement 56 sur 537 sondés (soit 10,43 %)⁹⁹⁴ estiment simplificatrice la suppression de la borne de fin de remboursement des avances, et 50 sur 537 (soit 9,31 %)⁹⁹⁵ la diminution de la retenue de garantie de 5 % à 3 % lorsque le titulaire est une très petite, petite ou moyenne entreprise. Enfin, l'augmentation du taux des avances de 20 à 30 % pour les marchés par le décret n° 2022-1683 du 28 décembre 2022 n'est considérée comme simplificatrice que pour 51 sondés sur 537 (soit 9,50 %)⁹⁹⁶.

Le graphique ci-après détaille la répartition des réponses des participants en fonction de leur qualité d'avocat, d'autorité contractante ou d'opérateur économique (**Figure 2.52**). Il en ressort que les mesures liées à la codification, à savoir l'adoption et la structure du Code de la commande publique, sont perçues de manière analogue par les différentes catégories de répondants. Pour l'adoption du Code de la commande publique, le delta entre le taux le plus

⁹⁸⁷ Les mesures proposées ont été sélectionnées en fonction de leurs objectifs explicitement attribués par les autorités ou par la doctrine. Les entretiens menés préalablement au sondage ont permis d'affiner cette sélection.

⁹⁸⁸ 426 AC, 69 OE et 42 AV.

⁹⁸⁹ 252 AC, 30 OE et 20 AV.

⁹⁹⁰ 228 AC, 38 OE et 24 AV.

⁹⁹¹ 124 AC, 22 OE et 12 AV.

⁹⁹² 68 AC, 16 OE et 9 AV.

⁹⁹³ 116 AC, 29 OE, 12 AV.

⁹⁹⁴ 41 AC, 13 OE et 2 AV.

⁹⁹⁵ 35 AC, 11 OE et 4 AV.

⁹⁹⁶ 33 AC, 16 OE et 2 AV.

élevé d'approbation et le taux le plus faible est inférieur à cinq points, une différence négligeable au regard de l'écart important du nombre de répondants entre les trois catégories. En effet, 57,16 % des avocats (24 sur 42) considèrent l'adoption du code comme simplificatrice, 55,07 % pour les opérateurs économiques (38 sur 69) et 53,52 % pour les autorités contractantes (228 sur 426). Seulement, le delta de 3,84 points entre les avocats et les autorités contractantes se comprend en raison de la disparité du nombre de réponses : 384 participations de plus pour les autorités contractantes. Il est donc raisonnable de conclure que, peu importe la qualité du répondant, l'appréciation du caractère simplificateur de l'adoption du Code de la commande publique est similaire auprès des avocats, des autorités contractantes et des opérateurs économiques. Il en va de même pour la structure du code avec des retours positifs à hauteur de 31,88 % pour les opérateurs économiques (22 sur 69), 29,11 % pour les autorités contractantes (124 sur 426) et 28,57 % pour les avocats (12 sur 42) : le delta étant ici de 3,31 points entre la plus haute et la plus faible valeur. La codification apparaît donc, bel et bien, comme un vecteur de simplification du droit de la commande publique. La vertu simplificatrice de l'adoption du Code de la commande publique emporte plus la conviction des participants que sa structure.

Le consensus est plus modéré sur le caractère simplificateur des autres mesures, le delta entre la plus haute et la plus faible valeur étant à chaque fois supérieur à 5 points, sans que des écarts de participations ne puissent l'expliquer. Trois tendances s'observent :

- **La mesure dont le caractère simplificateur est moins reconnu par les autorités contractantes que par les avocats et les opérateurs économiques :** la révision du régime des modifications des contrats de la commande publique à la suite de la transposition des directives européennes de 2014. Cette réforme est vue comme simplificatrice par 21,43 % des avocats (9 sur 42), 23,19 % des opérateurs économiques (16 sur 69) et 15,96 % des autorités contractantes (68 sur 426), avec un delta de 7,23 points entre les réponses des opérateurs économiques et celles des autorités contractantes. Les hypothèses peuvent être nombreuses à expliquer cette situation. Dans un précédent rapport⁹⁹⁷, la Chaire a pu observer que les risques pénaux liés aux modifications, la nécessité d'entrer dans un des cas de modification prévus par le Code de la commande publique et l'imprécision de la notion de « modification substantielle » affectaient la pratique de certains acheteurs moins

⁹⁹⁷ Voir : F. Lichère (dir.), *Modification des contrats de la commande publique*, Chaire de droit des contrats publics, 2023, disponible en ligne : <https://chairedcp.univ-lyon3.fr/rapport-modification-des-contrats-de-la-commande-publique>.

enclins à réviser unilatéralement ou conventionnellement leurs contrats. De plus, des enquêtés soulignaient, à cette époque, que l'ancien régime reposant sur la décision *Pressetext*⁹⁹⁸ était plus simple, mais plus contraignant. Le nouveau régime, quant à lui, s'avère complexe, mais, de manière générale, sécurisant juridiquement⁹⁹⁹. Ces résultats confortent ceux de l'enquête qualitative puisque 11 des 21 interviewés¹⁰⁰⁰ estimaient que la révision du régime des modifications contractuelles par le paquet de directives européennes de 2014 n'avait pas résolu toutes les difficultés.

- **La mesure dont le caractère simplificateur est beaucoup plus soutenu par les autorités contractantes que par les avocats et les opérateurs économiques :** le rehaussement du seuil de passation sans publicité ni mise en concurrence des marchés publics de travaux à 100 000 euros. En effet, 59,15 % des autorités contractantes (252 sur 426), 47,62 % des avocats (20 sur 42) et 43,48 % des opérateurs économiques (30 sur 69) y voient de la simplification. Une hypothèse peut être ici formulée pour expliquer le delta de 15,67 points entre les autorités contractantes et les opérateurs économiques. Les formalités procédurales sont principalement entre les mains des services des autorités contractantes. Le rehaussement apporte de la souplesse aux agents et un gain de temps significatif. Ces résultats confortent largement ceux de l'enquête qualitative, le rehaussement des seuils constituant la mesure en lien avec la passation la mieux accueillie par près de la moitié des 11 interviewés s'étant prononcés sur le sujet¹⁰⁰¹. On peut être, d'autre part, surpris que ce taux ne soit pas supérieur. Mais cela peut s'expliquer par l'incertitude juridique entourant les obligations des marchés sans publicité ni mise en concurrence, en particulier en raison de jurisprudences de juridictions du fond qui assimilent la demande de trois devis à une soumission à la procédure adaptée. En revanche, on comprend mieux que ce relèvement n'entraîne pas un fort enthousiasme du côté des opérateurs économiques, certains d'entre eux pouvant y voir le risque de rentes de situation avec un recours systématique aux mêmes entreprises (cf. *supra*).
- **Les mesures dont le caractère simplificateur est fortement identifié par les opérateurs économiques par rapport aux avocats et aux autorités**

⁹⁹⁸ CJCE, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, aff. C-454/06.

⁹⁹⁹ F. Lichère (dir.), *Modification des contrats de la commande publique*, Chaire de droit des contrats publics, 2023, p. 267 et s.

¹⁰⁰⁰ 4 AC, 3 OE et 4 AV.

¹⁰⁰¹ 6 AC, 2 OE et 3 AV.

contractantes : l'augmentation du taux des avances à 30 % (23,19 % des opérateurs économiques, 7,75 % des autorités contractantes et 4,76 % des avocats)¹⁰⁰², la suppression de la borne de fin de remboursement des avances (18,84 % des opérateurs économiques, 9,62 % des autorités contractantes et 4,76 % des avocats)¹⁰⁰³, l'abaissement de la retenue de garantie à 3 % pour les TPE et les PME (15,94 % des opérateurs économiques, 8,22 % des autorités contractantes et 9,52 % des avocats)¹⁰⁰⁴, ainsi que l'autorisation de constitution et de modification d'un groupement d'opérateurs économiques avant la signature du marché (42,03 % des opérateurs économiques, 28,57 % des avocats et 27,23 % des autorités contractantes)¹⁰⁰⁵. Le delta est à chaque fois important, pouvant aller jusqu'à près de 15 points pour certaines mesures. Une hypothèse peut se trouver dans l'objectif recherché par lesdites évolutions, à savoir le renforcement de l'activité économique des entreprises et de leur accès à la commande publique, en particulier des TPE et PME.

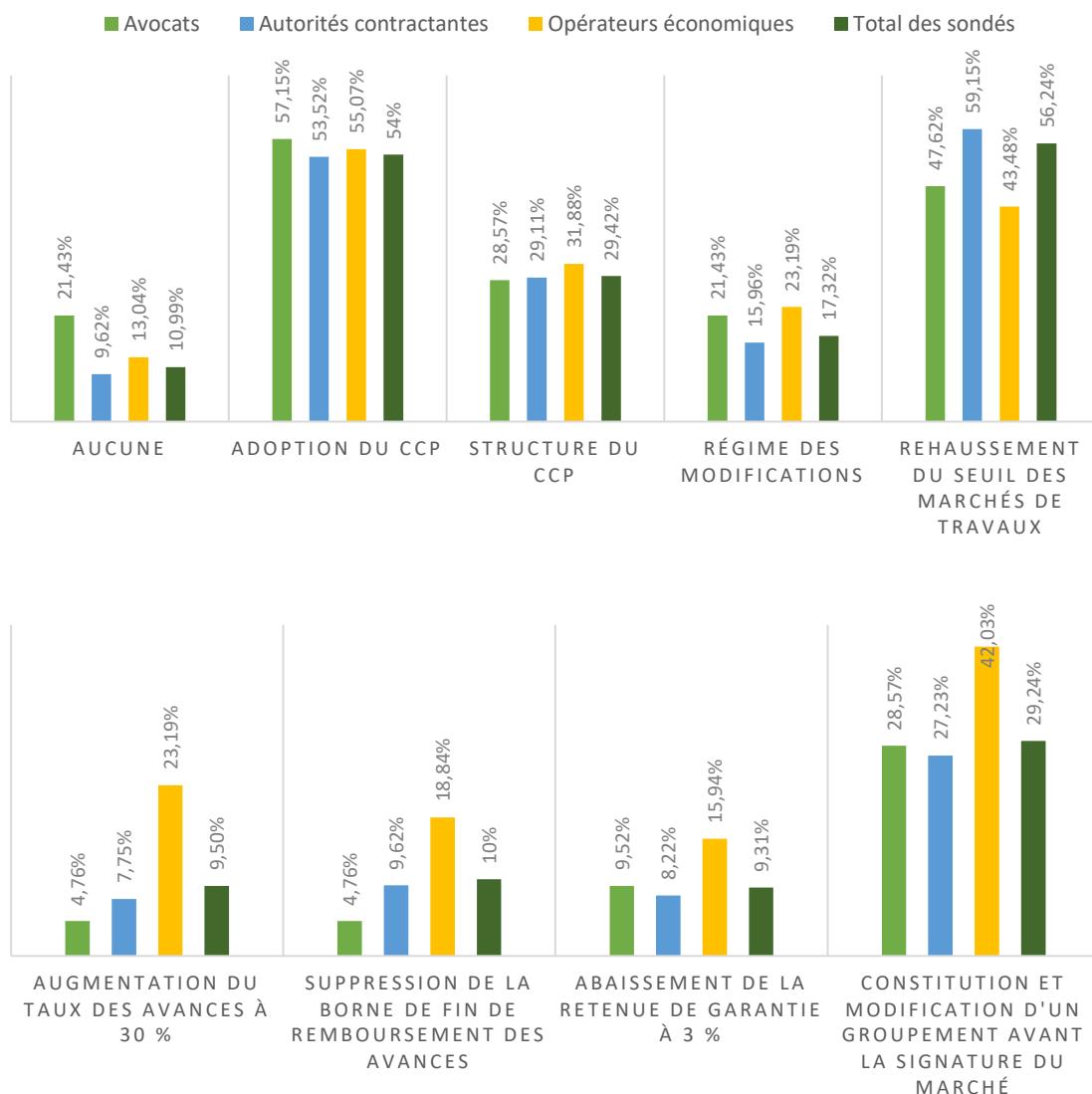
¹⁰⁰² Soit 33 AC sur 426, 16 OE sur 69 et 2 AV sur 42.

¹⁰⁰³ Soit 41 AC sur 426, 13 OE sur 69 et 2 AV sur 42.

¹⁰⁰⁴ Soit 35 AC sur 426, 11 OE sur 69 et 4 AV sur 42.

¹⁰⁰⁵ Soit 116 AC sur 426, 29 OE sur 69 et 12 AV sur 42.

Figure 2.52 : Reconnaissance par les sondés du caractère simplificateur de mesures législatives et réglementaires récentes



Constats généraux. L'ensemble de ces résultats permet de dresser un constat qu'une minorité de sondés affirmait dans le cadre des réponses ouvertes : **les mesures les plus récentes, à l'exception du rehaussement du seuil des marchés de travaux, se concentrent sur les opérateurs économiques et non les autorités contractantes.** Pour autant, il faut garder à l'esprit un élément essentiel, celui de la surreprésentation des acheteurs et des autorités concédantes dans les réponses au sondage. Le nombre d'autorités contractantes ayant participé à cette enquête est 6,17 fois plus important que le nombre d'opérateurs économiques. Il convient donc de rester prudent sur les conclusions à tirer de ces résultats. En l'état, il est tout de même possible de considérer que l'objectif principal du décret n° 2024-1517 du 30 décembre 2024 est atteint puisqu'il visait à « *simplifier l'accès des entreprises à la commande publique* », ce que les opérateurs économiques semblent confirmer.

En outre, ces données témoignent que si une part de subjectivité peut guider l'évaluation qu'un sujet peut avoir de la simplification du droit de la commande publique, il demeure possible de trouver des consensus et, surtout, de considérer une mesure comme simplificatrice, sans être directement concerné par elle. L'appréhension de la simplification du droit n'est donc pas enfermée dans la subjectivité : même si le risque d'une telle réaction ne doit pas être écarté, la simplification ne dépend pas uniquement du référentiel dans lequel se trouve l'observateur. Ce dernier peut souscrire à la simplification même s'il n'en récolte pas, lui-même, les principaux fruits. Des mesures portées par un objectif de simplification pour une catégorie peuvent finalement se répercuter positivement pour une autre, à l'image de l'autorisation de constitution et de modification d'un groupement d'opérateurs économiques avant la signature du marché qui, si elle vise principalement les opérateurs économiques, est tout de même plébiscitée par les autorités contractantes pour la souplesse opérationnelle et la sécurité juridique qu'elles obtiennent.

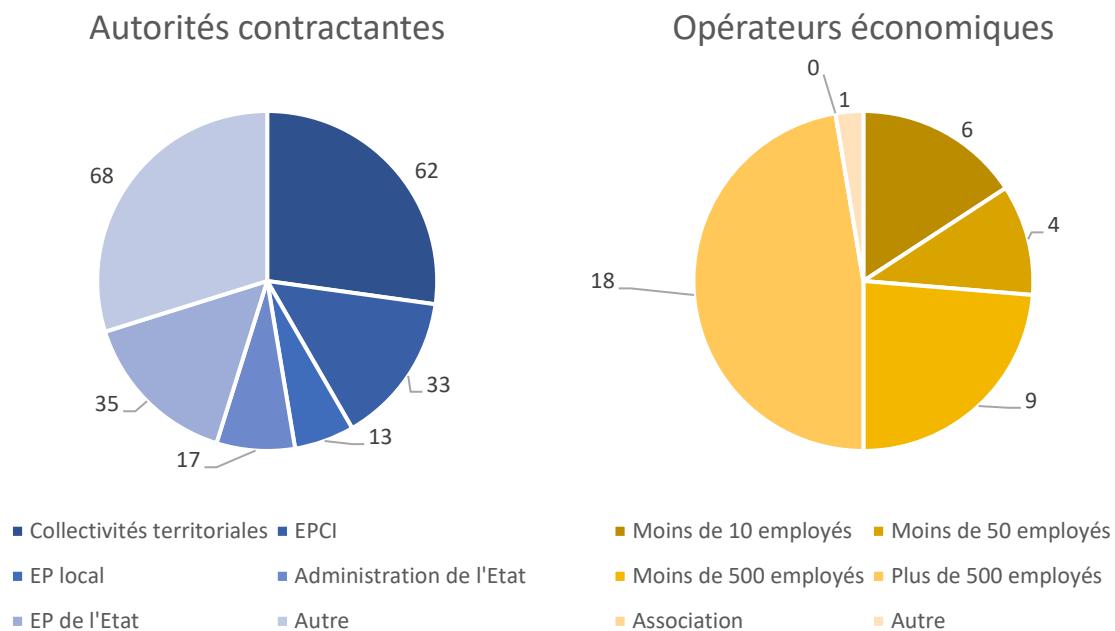
B. L'analyse approfondie des résultats pour les autorités contractantes et les opérateurs économiques

Répartition des sondés. Les figures suivantes dressent un aperçu de la nature des répondants, pour les autorités contractantes et les opérateurs économiques, en fonction de la mesure proposée (**Figures 2.53 à 2.70**). Chacune d'elles est accompagnée d'un tableau indiquant la proportion (en pourcentage), pour chaque catégorie, de répondants ayant reconnu le caractère simplificateur de la mesure en fonction du nombre total de sondés ayant répondu à la question à choix multiples (**Figures 2.53 à 2.70**).

Les résultats sont présentés dans l'ordre de la liste soumise aux enquêtés : l'adoption du Code de la commande publique (1.), sa structure (2.), la révision du régime des modifications des contrats de la commande publique à la suite de la transposition des directives européennes de 2014 (3.), le rehaussement du seuil de conclusion de gré à gré des marchés de travaux (4.), l'augmentation du taux des avances à 30 % (5.), la suppression de la borne de fin de remboursement des avances (6.), l'abaissement du taux de garantie à 3 % pour les TPE et les PME (7.), et la constitution et la modification des groupements d'opérateurs économiques avant la signature du marché (8.).

1. L'adoption du Code de la commande publique

Figure 2.53 : Nature des autorités contractantes et des opérateurs économiques sondés estimant simplificatrice l'adoption du Code de la commande publique



Données. Sur les 228 autorités contractantes ayant sélectionné cette mesure comme étant simplificatrice, 42 sont des communes, 33 des établissements publics de coopération intercommunale (EPCI), 16 des départements, 4 des régions, 11 des administrations centrales de l'État, 6 des administrations territoriales de l'État, 2 des autorités administratives indépendantes, 27 des établissements publics (EP) administratifs de l'État, 8 des établissements publics industriels et commerciaux de l'État, 5 des établissements publics administratifs locaux, 8 des établissements publics industriels et commerciaux locaux, 14 des sociétés d'économies mixtes locales ou des sociétés publiques locales, 7 des sociétés nationales à capitaux publics, 3 des personnes publiques *sui generis* et 42 autres. Parmi ces 42 autres, ont été recensés notamment 7 établissements publics hospitaliers ou de santé, 3 syndicats mixtes, 11 bailleurs sociaux, 4 sociétés de droit privé soumises au Code de la commande publique, 3 établissements publics locaux d'enseignement et 5 établissements relevant de l'enseignement supérieur. Quant aux 38 opérateurs économiques, 6 ont moins de 10 employés, 4 moins de 50, 9 moins de 500 et 18 plus de 500. Un dernier opérateur économique, autoqualifié « autre », n'a pas souhaité préciser sa nature.

Figure 2.54 : Tableau présentant pour chaque catégorie la proportion de sondés en fonction du nombre total de répondants [Adoption du CCP]

Autorités contractantes			
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Commune	42	72	58,33
EPCI	33	56	58,93
Département	16	30	53,33
Région	4	8	50
Administration centrale de l'État	11	23	47,83
Administration territoriale de l'État	6	19	31,58
Autorité administrative indépendante	2	4	50
EPA de l'État	27	50	54
EPIC de l'État	8	16	50
EPA local	5	11	45,45
EPIC local	8	14	57,14
SEM ou SPL	14	23	60,87
Société nationale à capitaux publics	7	11	63,64
Personnes publiques <i>sui generis</i>	3	6	50
Autre	42	83	50,6
Opérateurs économiques			
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Moins de 10 employés	6	11	54,55
Moins de 50 employés	4	10	40
Moins de 500 employés	9	15	60
Plus de 500 employés	18	31	58,07
Association à but non lucratif	0	1	0
Autre	1	1	100

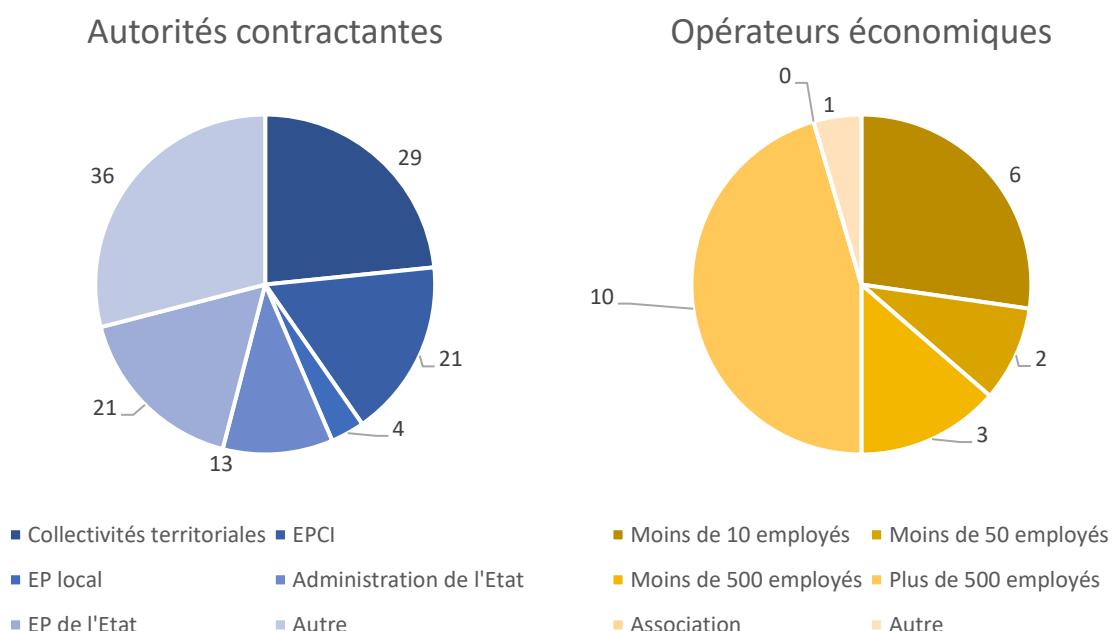
Analyse. L'appréciation du caractère simplificateur de cette mesure est relativement similaire en fonction de la nature des autorités contractantes, la valeur médiane étant de 50,6 % avec 31,58 % en valeur la plus faible pour les administrations territoriales de l'État, contre 63,64 % en valeur maximale pour les sociétés nationales à capitaux publics. Outre la valeur minimale, uniquement deux autres valeurs sont inférieures à 50 % : 45,45 % pour les EP administratifs locaux et 47,83 % pour les administrations centrales de l'État. Il en va de même pour les opérateurs économiques avec une valeur médiane de 56,3 %, en excluant les catégories « autre » et « association à but non lucratif » ne comprenant chacune qu'un sondé (les résultats ne sauraient être représentatifs pour elles). La valeur maximale est, ici, de 60 % pour les entreprises de plus de 500 employés, tandis que la valeur minimale est de 40 % pour les entreprises ayant entre 11 et 50 employés.

Ainsi, la codification du droit de la commande publique opérée par l'adoption du Code de la commande publique apparaît comme une véritable mesure de simplification pour

l'ensemble des acteurs de la commande publique. Vraisemblablement, les précisions et les éclairages apportés par les dispositions dudit code, ainsi que le regroupement au sein d'un même texte des régimes de l'ensemble des contrats de la commande publique, justifient une telle évaluation de la part des sondés. La prévisibilité de la règle rassure tant les acheteurs et autorités concédantes que les opérateurs économiques titulaires, concessionnaires ou candidats. D'où l'appréciation consensuelle sur les vertus simplificatrices de l'adoption du Code de la commande publique.

2. La structure du Code de la commande publique

Figure 2.55 : Nature des autorités contractantes et des opérateurs économiques sondés estimant simplificatrice la structure du Code de la commande publique



Données. Sur les 124 autorités contractantes ayant sélectionné cette mesure comme étant simplificatrice, 19 sont des communes, 21 des EPCI, 8 des départements, 2 des régions, 8 des administrations centrales de l'État, 5 des administrations territoriales de l'État, 3 des autorités administratives indépendantes, 14 des EP administratifs de l'État, 7 des EP industriels et commerciaux de l'État, 2 des EP administratifs locaux, 2 des EP industriels et commerciaux locaux, 6 des sociétés d'économies mixtes locales ou des sociétés publiques locales, 2 des sociétés nationales à capitaux publics, 2 des personnes publiques *sui generis* et 23 autres. Parmi ces 23 autres, ont été recensés notamment 2 établissements publics hospitaliers ou de santé, 2 syndicats mixtes, 9 bailleurs sociaux et 8 sociétés de droit privé soumises au Code de la

commande publique. Quant aux 22 opérateurs économiques, 6 ont moins de 10 employés, 2 moins de 50, 3 moins de 500 et 10 plus de 500. Un dernier opérateur économique, autoqualifié « *autre* », n'a pas souhaité préciser sa nature.

Figure 2.56 : Tableau présentant pour chaque catégorie la proportion de sondés en fonction du nombre total de répondants [Structure du CCP]

Autorités contractantes			
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Commune	19	72	26,39
EPCI	21	56	37,5
Département	8	30	26,67
Région	2	8	25
Administration centrale de l'État	8	23	34,78
Administration territoriale de l'État	5	19	26,32
Autorité administrative indépendante	3	4	75
EPA de l'État	14	50	28
EPIC de l'État	7	16	43,75
EPA local	2	11	18,18
EPIC local	2	14	14,29
SEM ou SPL	6	23	26,09
Société nationale à capitaux publics	2	11	18,18
Personnes publiques <i>sui generis</i>	2	6	33,33
Autre	23	83	27,71
Opérateurs économiques			
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Moins de 10 employés	6	11	54,55
Moins de 50 employés	2	10	20
Moins de 500 employés	3	15	20
Plus de 500 employés	10	31	32,26
Association à but non lucratif	0	1	0
Autre	1	1	100

Analyse. L'appréciation du caractère simplificateur de cette mesure varie fortement en fonction de la nature des autorités contractantes, la valeur médiane étant de 26,67 % avec 14,29 % en valeur la plus faible pour les EPIC locaux, contre 75 % en valeur maximale pour les autorités administratives indépendantes. La dynamique est similaire pour les opérateurs économiques avec une valeur médiane de 26,13 %, en excluant les catégories « *autre* » et « *association à but non lucratif* » ne comprenant chacune qu'un sondé (les résultats ne sauraient être représentatifs pour elles). La valeur maximale est, ici, de 54,55 % pour les entreprises de moins de 10 employés, tandis que la valeur minimale est de 20 % pour les entreprises ayant entre 11 et 50 employés et celles ayant entre 51 et 500 employés.

À la lecture des résultats, aucune hypothèse ne permet d'expliquer objectivement cette variation. Certes, il est possible de supposer que la structure du Code de la commande publique est inadaptée à certaines catégories, comme pour les établissements publics locaux. Cependant, le fait que les établissements publics de l'État ou que les collectivités territoriales, leurs groupements et les établissements publics hospitaliers ou de santé aient une opinion bien différente relativise une telle hypothèse.

Dans la même lignée, les très petites entreprises et les grandes entreprises estiment la structure actuelle du code comme étant vectrice de simplification, la structure suivant la vie du contrat. Pourtant, les PME et les entreprises intermédiaires ont une approche plus nuancée. S'il était possible d'évoquer un manque de ressources humaines pour maîtriser le droit de la commande publique et s'orienter au sein du code, la proportion importante de TPE y fait obstacle. Les TPE ont, par définition, des moyens humains plus réduits que les PME et les entreprises intermédiaires. Ainsi, comme pour les autorités contractantes, la variation ne trouve pas d'explication objective.

3. La réforme du régime des modifications des contrats de la commande publique

Données. Sur les 68 autorités contractantes ayant sélectionné cette mesure comme étant simplificatrice, sont recensés 5 communes, 11 EPCI, 3 départements, 5 régions, 5 administrations centrales de l'État, une administration territoriale de l'État, 8 EP administratifs de l'État, 5 EP industriels et commerciaux de l'État, un EP administratif local, 2 EP industriels et commerciaux locaux, 3 sociétés d'économies mixtes locales ou sociétés publiques locales, une société nationale à capitaux publics, 3 personnes publiques *sui generis* et 15 catégorisés comme « *autres* ». Parmi ces 15 autres, ont répondu notamment 6 établissements publics hospitaliers ou de santé, 4 bailleurs sociaux, 2 sociétés de droit privé soumises au Code de la commande publique et un établissement relevant de l'enseignement supérieur. Quant aux 16 opérateurs économiques, 4 ont moins de 10 employés, 2 moins de 500 et 9 plus de 500. Un dernier opérateur économique, autoqualifié « *autre* », n'a pas souhaité préciser sa nature.

Figure 2.57 : Nature des autorités contractantes et des opérateurs économiques sondés estimant simplificatrice la réforme du régime des modifications des contrats de la commande publique à la suite des directives de 2014

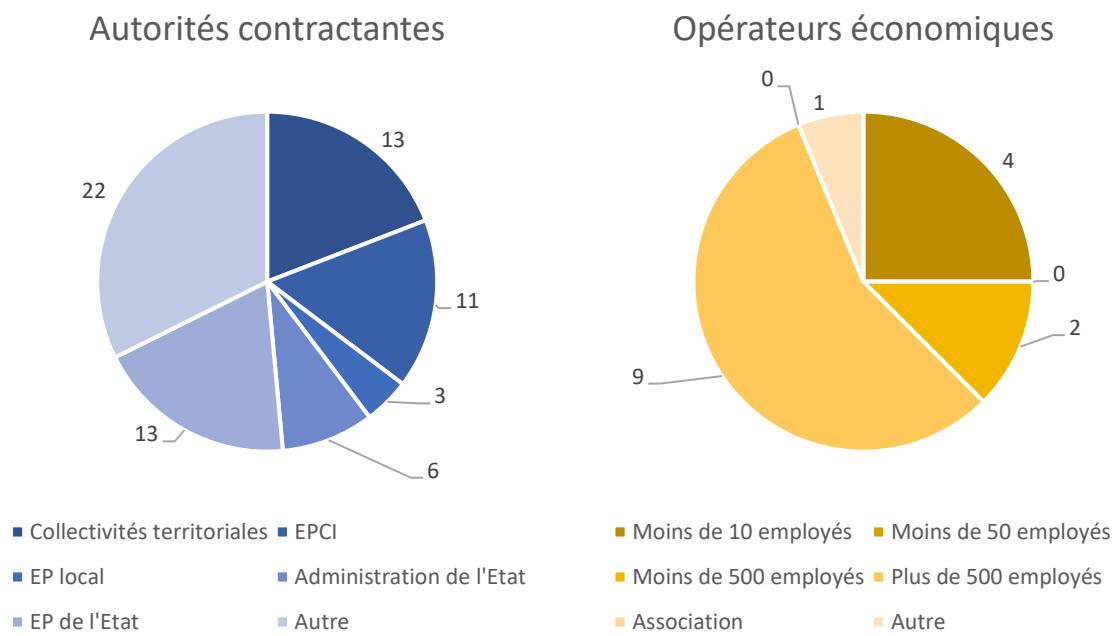


Figure 2.58 : Tableau présentant pour chaque catégorie la proportion de sondés en fonction du nombre total de répondants [Régime des modifications]

Autorités contractantes			
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Commune	5	72	6,94
EPCI	11	56	19,64
Département	3	30	10
Région	5	8	62,5
Administration centrale de l'État	5	23	21,74
Administration territoriale de l'État	1	19	5,26
Autorité administrative indépendante	0	4	0
EPA de l'État	8	50	16
EPIC de l'État	5	16	31,25
EPA local	1	11	9,09
EPIC local	2	14	14,29
SEM ou SPL	3	23	13,04
Société nationale à capitaux publics	1	11	9,09
Personnes publiques <i>sui generis</i>	3	6	50
Autre	15	83	18,07

Opérateurs économiques			
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Moins de 10 employés	4	11	36,36
Moins de 50 employés	0	10	0
Moins de 500 employés	2	15	13,33
Plus de 500 employés	9	31	29,03
Association à but non lucratif	0	1	0
Autre	1	1	100

Analyse. À l'instar de la structure du Code de la commande publique, l'appréciation du caractère simplificateur de la réforme du régime des modifications fluctue considérablement en fonction de la nature des autorités contractantes, la valeur médiane étant de 14,29 % avec 0 % en valeur la plus faible pour les autorités administratives indépendantes, contre 62,5 % en valeur maximale pour les régions. La situation est analogue pour les opérateurs économiques avec une valeur médiane de 21,18 %, en excluant les catégories « *autre* » et « *association à but non lucratif* » ne comprenant chacune qu'un sondé (les résultats ne sauraient être représentatifs pour elles). La valeur maximale est, ici, de 36,36 % pour les entreprises de moins de 10 employés, tandis que la valeur minimale est de 0 % pour les entreprises ayant entre 11 et 50 employés.

Les raisons commandant de tels écarts peuvent, hypothétiquement, être nombreuses. S'agissant des autorités contractantes, une tendance s'observe : les structures locales sont plus critiques vis-à-vis de la réforme du régime des modifications. En effet, si les régions approuvent le caractère simplificateur de la mesure à hauteur de 62,5 %, cette valeur chute à 10 % pour les départements, 19,64 % pour les EPCI et 6,94 % pour les communes. Il en est de même pour les administrations de l'État où la valeur pour le niveau central est de 21,74 % et de 5,26 % pour le niveau territorial. Le même constat peut être fait pour les EP avec 16 % pour les EP administratifs de l'État et 9,09 % pour les EP administratifs locaux, 31,25 % pour les EP industriels et commerciaux de l'État et 14,29 % pour les EP industriels et commerciaux locaux. Seules les sociétés contredisent ces observations puisque la valeur pour les sociétés nationales à capitaux publics est de 9,09 % contre 13,04 % pour les sociétés d'économie mixte ou les sociétés publiques locales. En faisant exception de la spécificité des sociétés de la sphère publique, une des justifications à ces variations dans les résultats peut être liée aux ressources des acheteurs et des autorités concédantes. Plus la structure est importante, plus ses services ont les moyens financiers, techniques et humains de gérer l'exécution des contrats ou de solliciter le conseil d'avocats¹⁰⁰⁶.

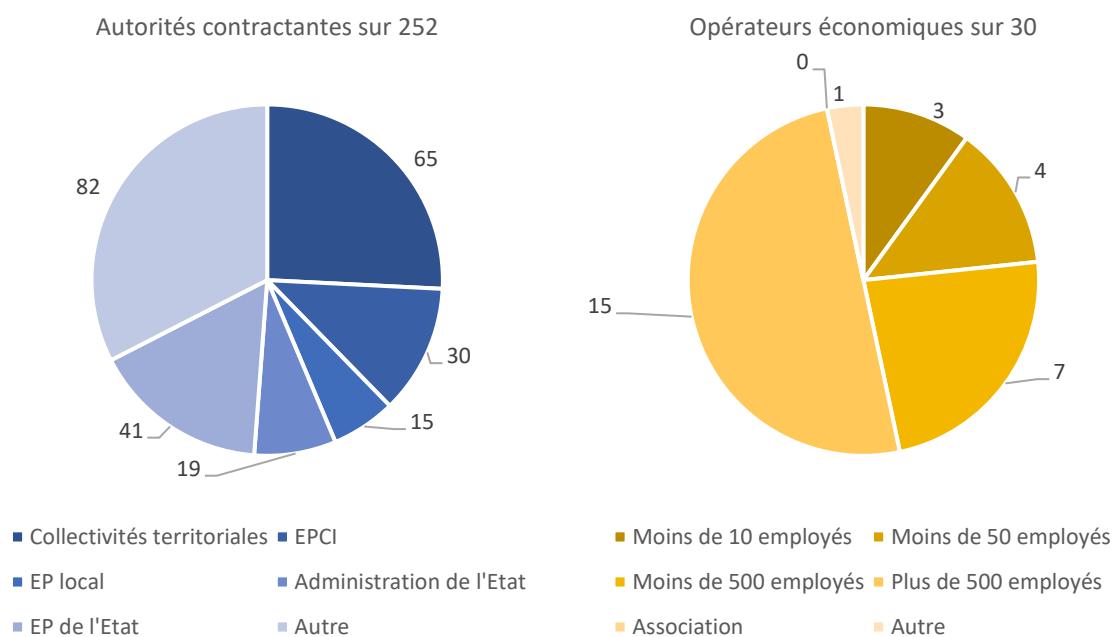
Un constat similaire peut être dressé pour les opérateurs économiques. En effet, la valeur augmente avec l'importance de la structure : 29,03 % pour les grandes entreprises ayant plus de 500 employés, 13,33 % pour les PME et les entreprises intermédiaires ayant entre 51 et

¹⁰⁰⁶ Attention, ceci n'est qu'une hypothèse et ne saurait, en l'absence d'éléments supplémentaires, être admise comme valide.

500 employés, et 0 % pour les PME ayant entre 11 et 50 employés. En revanche, une donnée peut *a priori* surprendre et contredire cette analyse. En effet, les entreprises de moins de 10 employés reconnaissent que la révision du régime des modifications est simplificatrice à hauteur de 36,36 %, soit la valeur maximale. Pour cette catégorie, la justification pourrait être d'un autre ordre et liée, non pas aux moyens qu'une telle entreprise possède, mais aux contrats auxquels elle peut prétendre et qui peuvent être moins sujets à des modifications de forte ampleur (qui nécessiteraient des motivations particulières pour entrer dans une des hypothèses de modification prévues aux articles L. 2194-1 et L. 3135-1 du Code de la commande publique, autre que les modifications de faible montant). Sur ce point, la présente étude ne permet pas de confirmer ou d'infirmer une telle hypothèse. Des investigations supplémentaires seraient nécessaires.

4. Le rehaussement du seuil des marchés de travaux à 100 000 euros

Figure 2.59 : Nature des autorités contractantes et des opérateurs économiques sondés estimant simplificateur le rehaussement du seuil des marchés de travaux



Données. Sur les 252 autorités contractantes ayant sélectionné cette mesure comme étant simplificatrice, 46 sont des communes, 30 des EPCI, 16 des départements, 3 des régions, 7 des administrations centrales de l'État, 12 des administrations territoriales de l'État, 4 des autorités administratives indépendantes, 31 des EP administratifs de l'État, 10 des EP

industriels et commerciaux de l'État, 5 des EP administratifs locaux, 10 des EP industriels et commerciaux locaux, 19 des sociétés d'économies mixtes locales ou des sociétés publiques locales, 7 des sociétés nationales à capitaux publics, 3 des personnes publiques *sui generis* et 49 autres. Parmi ces 49 autres, ont été recensés notamment 6 établissements publics hospitaliers ou de santé, un syndicat mixte, 10 bailleurs sociaux, 4 sociétés de droit privé soumises au Code de la commande publique, 2 établissements publics locaux d'enseignement et 3 établissements relevant de l'enseignement supérieur. Quant aux 30 opérateurs économiques, 3 ont moins de 10 employés, 4 moins de 50, 7 moins de 500 et 15 plus de 500. Un dernier opérateur économique, autoqualifié « *autre* », n'a pas souhaité préciser sa nature.

Figure 2.60 : Tableau présentant pour chaque catégorie la proportion de sondés en fonction du nombre total de répondants [Rehaussement du seuil]

Autorités contractantes		Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Autorités contractantes estimant la mesure comme étant simplificatrice		252	426	59,15
Nature		Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Commune		46	72	63,89
EPCI		30	56	53,57
Département		16	30	53,33
Région		3	8	37,5
Administration centrale de l'État		7	23	30,43
Administration territoriale de l'État		12	19	63,15
Autorité administrative indépendante		4	4	100
EPA de l'État		31	50	62
EPIC de l'État		10	16	62,5
EPA local		5	11	45,45
EPIC local		10	14	71,43
SEM ou SPL		19	23	82,60
Société nationale à capitaux publics		7	11	53,53
Personnes publiques <i>sui generis</i>		3	6	50
Autre		49	83	59,04
Opérateurs économiques		Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Opérateurs économiques estimant la mesure comme étant simplificatrice		30	69	43,48
Nature		Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Moins de 10 employés		3	11	27,27
Moins de 50 employés		4	10	40
Moins de 500 employés		7	15	46,67
Plus de 500 employés		15	31	48,39
Association à but non lucratif		0	1	0
Autre		1	1	100

Analyse. L’appréciation du caractère simplificateur du rehaussement du seuil des marchés de travaux à 100 000 euros est relativement similaire en fonction de la nature des autorités contractantes, la valeur médiane étant de 62 % avec 30,43 % en valeur la plus faible pour les administrations centrales de l’État, contre 100 % en valeur maximale pour les autorités administratives indépendantes. Outre la valeur minimale, uniquement deux autres valeurs sont inférieures à 50 % : 45,45 % pour les EP administratifs locaux et 37,5 % pour les régions. Il en va de même pour les opérateurs économiques avec une valeur médiane de 43,33 %, en excluant les catégories « *autre* » et « *association à but non lucratif* » ne comprenant chacune qu’un sondé (les résultats ne sauraient être représentatifs pour elles). La valeur maximale est, ici, de 48,39 % pour les entreprises de plus de 500 employés, tandis que la valeur minimale est de 27,27 % pour les entreprises de moins de 10 employés.

Ces résultats appellent deux commentaires. Tout d’abord, à l’exception de trois catégories d’entités publiques (les administrations centrales de l’État, les régions et les EP administratifs locaux), les autorités contractantes plébiscitent fortement cette mesure en raison de la simplification qu’elle emporte. L’objectif poursuivi par la loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d’accélération et de simplification de l’action publique (ASAP)¹⁰⁰⁷ et le décret n° 2022-1683 du 28 décembre 2022 de simplification de l’action publique semble donc atteint pour ces répondants.

Ensuite, l’amendement parlementaire n° 881 sur le projet de loi ASAP prévoyait également de faciliter l’accès aux marchés publics pour les PME pour relancer l’économie française à la suite de la crise économique provoquée par la pandémie de la Covid-19¹⁰⁰⁸. Il était expressément indiqué que « *les acheteurs pourront en effet contracter plus rapidement avec des entreprises et notamment des PME grâce au maintien de l’obligation d’allotissement* »¹⁰⁰⁹. Or, force est de constater que la finalité n’est que partiellement atteinte. S’il est vrai que 40 % des entreprises ayant entre 11 et 50 employés et 46,67 % de celles ayant entre 51 et 500 employés estiment que la mesure est simplificatrice, uniquement 27,27 % des entreprises de moins de 10 employés souscrivent à cet avis. Certes, les entreprises de moins de 10 salariés sont généralement des TPE (ou microentreprises) et non des PME (sauf à ce que

¹⁰⁰⁷ Voir les motifs de l’amendement parlementaire n° 881 sur le projet de loi n° 3447 : <https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/amendements/liasse/2025-08-01/e48ef8c9ed5f46a0e12aad6058ed150d-3.pdf>.

¹⁰⁰⁸ *Idem.*

¹⁰⁰⁹ *Idem.*

leur chiffre d'affaires annuel ou un total de bilan n'excèdent pas 2 millions d'euros¹⁰¹⁰). Pour autant, celles-ci ne semblent pas bénéficier de l'effet salvateur de la mesure de rehaussement du seuil à 100 000 euros pour les marchés publics de travaux¹⁰¹¹. Le faible taux de réponse impose, toutefois, de relativiser l'ampleur de cette conclusion.

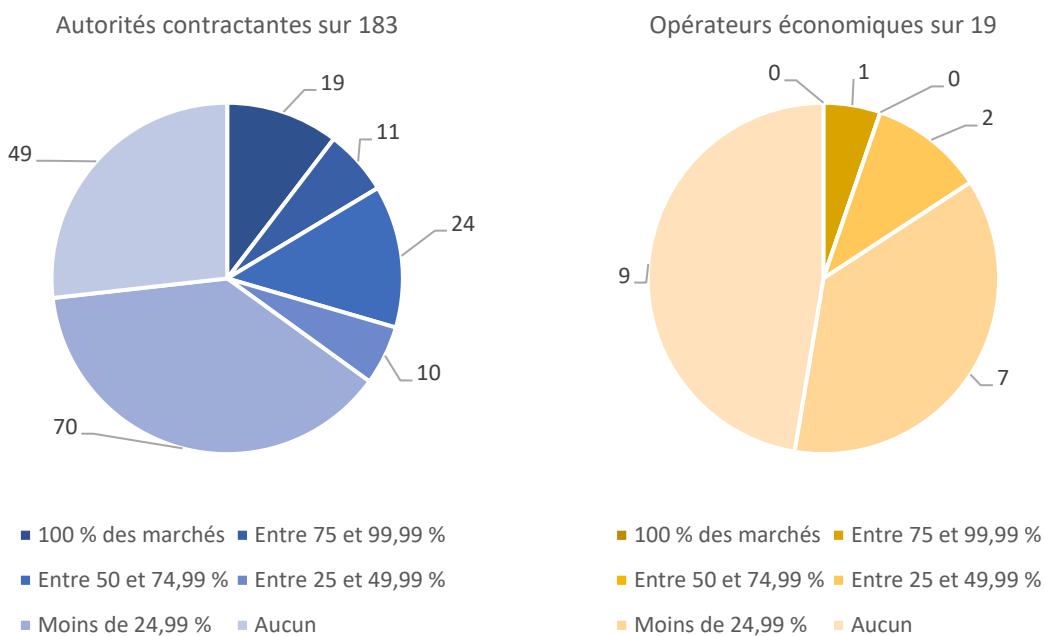
En tout état de cause, la mesure a majoritairement convaincu les sondés. L'objectif initial a été atteint, même si les TPE sont encore dubitatives sur la simplification qu'elle emporte.

Proportion de marchés de travaux conclus de gré à gré. À ce propos, une question supplémentaire était posée aux autorités contractantes et aux opérateurs économiques quant à la proportion de leurs marchés publics de travaux, dont la valeur est inférieure à 100 000 euros, passés sans publicité ni mise en concurrence. En somme, il s'agit de déterminer le pourcentage de marchés de travaux conclus de gré à gré en application du décret n° 2022-1525. La figure ci-après présente les données recueillies (**Figure 2.61**).

¹⁰¹⁰ Décret n° 2008-1354 du 18 décembre 2008 relatif aux critères permettant de déterminer la catégorie d'appartenance d'une entreprise pour les besoins de l'analyse statistique et économique, *JORF*, n°0296 du 20 décembre 2008, art. 3.

¹⁰¹¹ À l'inverse, les grandes entreprises de plus de 500 employés reconnaissent la vertu simplificatrice de la mesure. Attention, cette donnée ne doit pas être interprétée comme le fait que ces entreprises bénéficient plus de cette mesure. La question ne concerne que l'appréciation du caractère simplificateur du rehaussement du seuil à 100 000 euros pour les marchés publics de travaux. Il ne s'agit pas de déterminer, par ce biais, si les principaux titulaires de ces marchés sont des TPE, des PME ou des grandes entreprises.

Figure 2.61 : Proportion des marchés de travaux d'un montant de moins de 100 000 euros conclus de gré à gré auprès des structures sondées



Parmi les 236 autorités contractantes ayant répondu à cette question complémentaire, 53 ont expressément indiqué ne pas avoir de données ou d'estimation sur ce point. En revanche, 183 acheteurs ont, selon les cas, partagé leur estimation personnelle (au regard de leurs dossiers) ou des données exactes¹⁰¹².

Uniquement 49 autorités contractantes sur 183 (soit 26,78 %) admettent ne jamais utiliser la dispense de publicité et de mise en concurrence préalables fondée sur le prix, lorsque la valeur estimée est comprise entre 40 000 et 100 000 euros. Ainsi, 134 autorités contractantes affirment se saisir de la souplesse qu'offre le décret n° 2022-1525, dont le décret n° 2024-1217 du 28 décembre 2024 a prolongé l'application aux marchés conclus jusqu'au 31 décembre 2025. Précisément, 54 d'entre eux (représentant 29,51 % des 183 sondés ayant répondu à la question avec un estimatif ou des données exactes) concluent régulièrement sans publicité ni mise en concurrence des marchés de travaux d'un montant inférieur à 100 000 euros. Au sein de leurs organismes, les marchés de travaux conclus de gré à gré en raison de leur montant représentent plus de 50 % de leurs marchés de travaux de même valeur. Ces

¹⁰¹² Parmi ces 183 autorités contractantes, ont été recensés : 37 communes, 29 EPCI, 12 départements, 3 régions, 2 administrations centrales de l'État, 5 administrations territoriales de l'État, une autorité administrative indépendante, 25 EP administratifs de l'État, 4 EP industriels et commerciaux de l'État, 6 EP administratifs locaux, 7 EP industriels et commerciaux locaux, 13 sociétés d'économies mixtes ou sociétés publiques locales, 3 sociétés nationales à capitaux publics, et 36 autres organismes.

mêmes répondants ont, d'ailleurs, approuvé la vertu simplificatrice de la mesure. Cependant, la pratique la plus courante est de n'y recourir que rarement ou exceptionnellement (70 autorités contractantes sur 183, soit 38,25 %), c'est-à-dire dans moins de 24,99 % des cas. L'utilisation de ce dispositif est d'ailleurs très rare pour 30 de ces autorités contractantes (soit moins de 4,99 % de l'ensemble de leurs marchés publics de travaux dont le montant est inférieur à 100 000 euros).

Par ailleurs, en croisant les réponses avec les données du profil des sondés, la répartition entre les diverses natures d'autorités contractantes permet de déterminer les structures qui mobilisent le plus ce nouvel outil. En effet, la lecture croisée des résultats indique, pour les principales catégories¹⁰¹³ :

- **Pour les 37 communes** : 9 n'ont aucun marché de travaux conclu de gré à gré grâce à ce dispositif (soit 24,32 % de la catégorie), 8 (soit 21,62 %) évaluent cette proportion à moins de 24,99 % (dont 5 qui indiquent expressément que ce taux est inférieur à 5 %), 10 (soit 27,02 %) entre 50 et 74,99 %, et 10 (soit 27,02 %) à plus de 75 % (dont 5 à 100 %¹⁰¹⁴) ;
- **Pour les 29 EPCI** : 2 n'ont aucun marché de travaux conclu de gré à gré grâce à ce dispositif (soit 6,9 % de la catégorie), 16 (soit 55,17 %) évaluent cette proportion à moins de 24,99 % (dont 5 qui indiquent expressément que ce taux est inférieur à 5 %), 2 (soit 6,9 %) entre 25 et 49,99 %, 5 (soit 17,24 %) entre 50 et 74,99 %, et 4 (soit 13,8 %) à plus de 75 % (dont 1 à 100 %) ;
- **Pour les 12 départements** : 5 n'ont aucun marché de travaux conclu de gré à gré grâce à ce dispositif (soit 41,67 % de la catégorie), 3 (soit 25 %) évaluent cette proportion à moins de 5 %, un (soit 8,33 %) entre 25 et 49,99 %, et 3 (soit 25 %) à plus de 75 % ;
- **Pour les 25 EP administratifs de l'État** : 4 n'ont aucun marché de travaux conclu de gré à gré grâce à ce dispositif (soit 16 % de la catégorie), 7 (soit 28 %) évaluent cette proportion à moins de 24,99 % (dont 2 qui indiquent expressément que ce taux est inférieur à 5 %), 3 (soit 12 %) entre 25 et 49,99 %, 5 (soit 20 %) entre 50 et 74,99 %, et 6 (soit 24 %) à 100 % ;

¹⁰¹³ Les catégories avec un faible taux de répondants (inférieur à 10 répondants) ne sont pas présentées dans cette liste détaillée.

¹⁰¹⁴ Un sondé précise que, dans une autre expérience en commune de plus de 40 000 habitants, aucun marché de travaux n'était conclu de gré à gré lorsque cela était autorisé.

- **Pour les 13 sociétés d'économie mixte ou sociétés publiques locales :** 4 n'ont aucun marché de travaux conclu de gré à gré grâce à ce dispositif (soit 30,77 % de la catégorie), 6 (soit 46,15 %) évaluent cette proportion à moins de 24,99 % (dont 4 qui indiquent expressément que ce taux est inférieur à 5 %), un (soit 7,7 %) entre 25 et 49,99 %, et 2 (soit 15,38 %) à 100 % ;
- **Pour les 36 organismes relevant de la catégorie « autre »¹⁰¹⁵ :** 12 n'ont aucun marché de travaux conclu de gré à gré grâce à ce dispositif (soit 33,33 % de la catégorie), 13 (soit 36,11 %) évaluent cette proportion à moins de 24,99 % (dont 5 qui indiquent expressément que ce taux est inférieur à 5 %), 2 (soit 5,56 %) entre 25 et 49,99 %, 4 (soit 11,11 %) entre 50 et 74,99 %, et 5 (soit 13,89 %) à 100 %.

Plusieurs tendances se dessinent. Globalement, les autorités contractantes recourent peu au dispositif mis en place par le décret n° 2022-1525. En effet, nombreux sont les EPCI et les autres organismes du secteur public ou parapublic à estimer que les marchés de travaux conclus de gré à gré en raison de leur montant représentent moins de 24,99 % des marchés de travaux d'un même montant conclus après publicité et mise en concurrence. Les communes, quant à elles, privilégient cet outil : la majorité de ces marchés sont passés sans publicité ni mise en concurrence. Pour autant, un mouvement contraire s'observe également au sein des communes, puisqu'une proportion non négligeable d'entre elles refuse de procéder de gré à gré, sauf rares exceptions (représentant moins de 5 % de l'ensemble des marchés similaires). Selon 2 sondés, ceci résulte de politiques internes aux collectivités. Un constat analogue peut être dressé pour les établissements publics administratifs de l'État. À la lecture de ces résultats, le dispositif de gré à gré ne semble donc pas autant mobilisé qu'aurait pu laisser penser une telle évolution. Il pourrait être supposé que les autorités contractantes fassent preuve de prudence dans l'utilisation de ce nouvel outil et privilégient des mesures de publicité et de mise en concurrence adaptées pour éviter, par exemple, d'éventuelles poursuites pénales ou l'annulation du marché¹⁰¹⁶.

¹⁰¹⁵ Notamment, et sans que cette liste ne soit exhaustive : 13 bailleurs sociaux, 6 établissements hospitaliers ou de santé, 4 personnes morales de droit privé soumises au Code de la commande publique, 3 groupements d'intérêt public, 2 établissements publics locaux d'enseignement, et 2 établissements relevant de l'enseignement supérieur et de la recherche.

¹⁰¹⁶ Cette hypothèse provient de compléments d'information transmis par 4 autorités contractantes dans leur formulaire de réponse. En outre, des autorités contractantes, avec un fort flux de contrats de la commande publique, ont pu souligner que, même en appliquant la règle de computation des seuils, les opérations de travaux dont la valeur est inférieure à 100 000 euros sont rares. À ce titre, une dizaine d'autorités contractantes sondées ont pu indiquer que la part des marchés de travaux dont le montant est inférieur à 100 000 euros (sans considération de la procédure de passation) est très faible par rapport aux autres marchés.

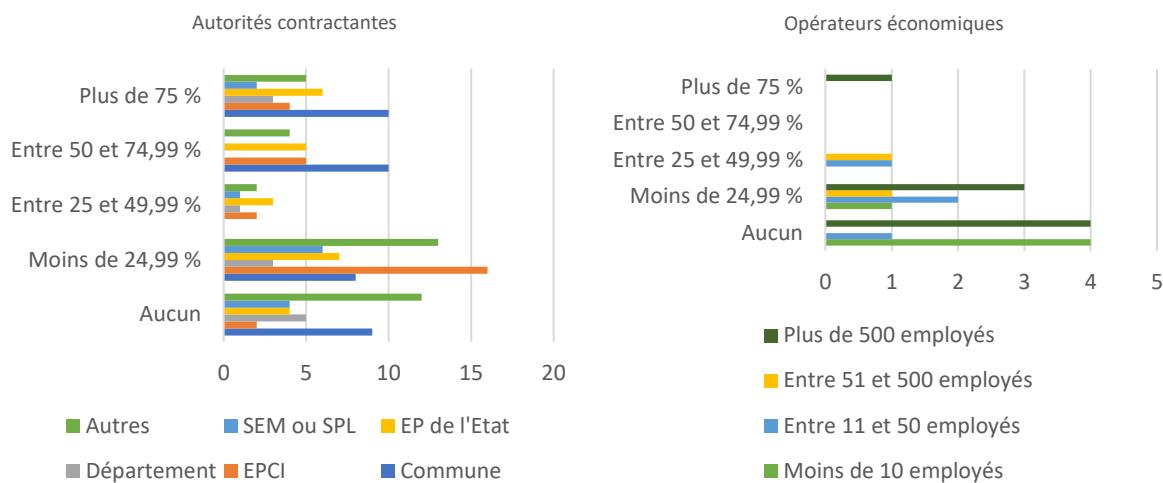
De leur côté, seuls 36 opérateurs économiques ont répondu à la question, dont 17 n'ayant pas d'informations, d'estimations ou de données en la matière. Le nombre de réponses exploitables pour cette catégorie est alors de 19. Parmi ces opérateurs économiques, 9 ont précisé n'être titulaires d'aucun marché public de travaux à la suite de l'application du dispositif en cause (soit 47,37 %). Globalement, ces marchés conclus de gré à gré en raison de leur montant sont peu courants puisqu'ils représentent moins de 24,99 % des marchés publics d'une valeur de moins de 100 000 euros pour 7 opérateurs économiques sur 19 (soit 36,84 %) et entre 25 % et 49,99 % pour 2 autres (soit 10,53 %). Un opérateur économique (soit 5,26 %) évalue, quant à lui, cette proportion entre 75 % et 99,99 %. Précisément, la répartition entre les 19 opérateurs économiques se présente de la manière suivante :

- **Pour les 5 entreprises de moins de 10 employés :** 4 n'ont aucun marché de travaux conclu de gré à gré grâce à ce dispositif (soit 80 % de la catégorie) et un (soit 20 %) évalue cette proportion à moins de 24,99 % ;
- **Pour les 4 entreprises ayant entre 11 et 50 employés :** un n'a aucun de marché de travaux de gré à gré grâce à ce dispositif (soit 25 % de la catégorie), 2 (soit 50 %) évaluent cette proportion à moins de 24,99 %, et 1 (soit 25 %) entre 25 et 49,99 % ;
- **Pour les 2 entreprises ayant entre 51 et 500 employés :** un (soit 50 % de la catégorie) évalue la proportion de tels marchés de travaux à moins de 24,99 %, et un (soit 50 %) entre 25 et 49,99 % ;
- **Pour les 8 entreprises de plus de 500 employés :** 4 n'ont aucun marché de travaux conclu de gré à gré grâce à ce dispositif (soit 50 % de la catégorie), 3 (soit 37,5 %) évaluent cette proportion à moins de 24,99 %, et un (soit 12,5 %) à plus de 75 %.

Partant, si l'objectif de simplification semble atteint pour nombre de sondés, l'objectif d'accroissement de l'accès des TPE et des PME à la commande publique l'est bien moins, à en croire les données recueillies puisque 4 grandes entreprises indiquent en bénéficiant, dont une à hauteur de plus de 75 % des marchés de travaux d'un montant inférieur à 100 000 euros dont elle est titulaire. Seulement, cette observation doit être relativisée par le faible taux de réponses à cette question.

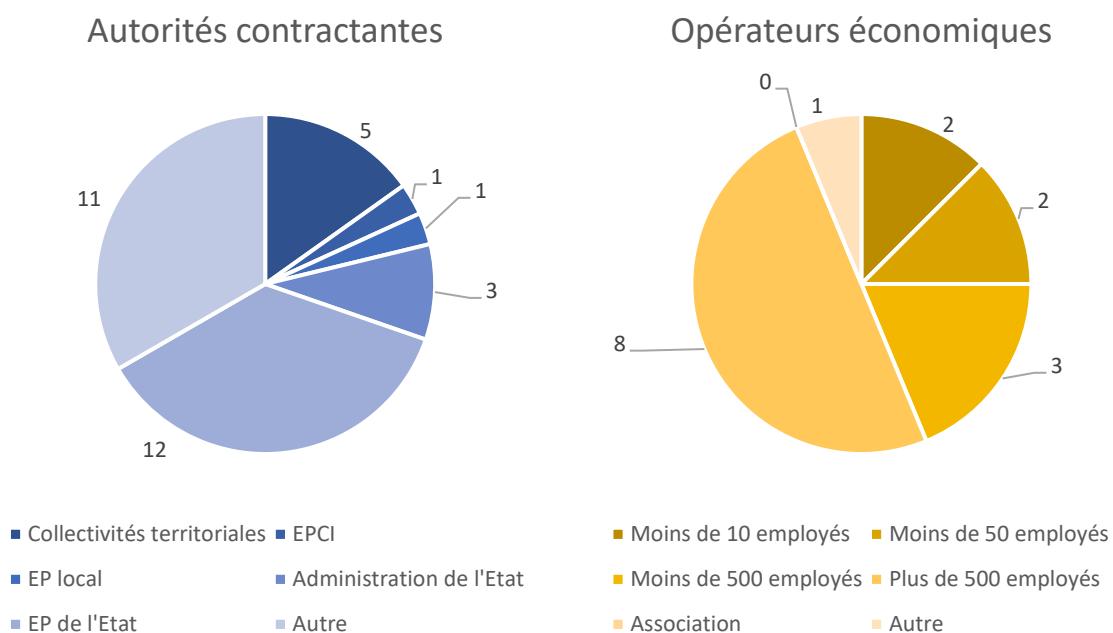
La figure ci-après synthétise la répartition entre les principales catégories d'autorités contractantes et d'opérateurs économiques sondés (**Figure 2.62**).

Figure 2.62 : Proportion des marchés de travaux d'un montant de moins de 100 000 euros conclus de gré à gré selon les principales catégories d'autorités contractantes et d'opérateurs économiques sondés



5. L'augmentation du taux des avances à 30 %

Figure 2.63 : Nature des autorités contractantes et des opérateurs économiques sondés estimant simplificatrice l'augmentation du taux des avances à 30 % pour les marchés publics de l'Etat



Données. Sur les 33 autorités contractantes ayant sélectionné cette mesure comme étant simplificatrice, sont recensés 2 communes, un EPCI, 3 départements, 3 administrations centrales de l'État, 10 EP administratifs de l'État, 2 EP industriels et commerciaux de l'État, un

EP industriel et commercial local, 2 sociétés d'économies mixtes locales ou sociétés publiques locales et 9 autres entités. Parmi ces 9 autres, ont répondu notamment 2 établissements publics hospitaliers ou de santé, un bailleur social, un établissement public local d'enseignement et 3 établissements relevant de l'enseignement supérieur. Quant aux 16 opérateurs économiques, 2 ont moins de 10 employés, 2 moins de 50, 3 moins de 500 et 8 plus de 500. Un dernier opérateur économique, autoqualifié « *autre* », n'a pas souhaité préciser sa nature.

Analyse. L'appréciation du caractère simplificateur de l'augmentation du taux des avances à 30 % varie considérablement entre les autorités contractantes et les opérateurs économiques. Si pour les opérateurs économiques les valeurs demeurent stables selon la qualité du répondant (la valeur minimale étant de 18,18 % pour les entreprises de moins de 10 employés, la maximale de 25,81 % pour les entreprises avec plus de 500 employés, et avec une médiane à 20 %¹⁰¹⁷), la situation diffère au sein des acheteurs publics et des autorités concédantes. En effet, les résultats fluctuent au regard de la nature des autorités contractantes, la valeur médiane étant de 2,78 % avec 0 % en valeur la plus faible (pour les régions, les administrations territoriales de l'État, les autorités administratives indépendantes, les EP administratifs locaux, les sociétés nationales à capitaux publics et les personnes publiques *sui generis*), contre 20 % en valeur maximale pour les EP administratifs de l'État.

¹⁰¹⁷ Ces données excluent les catégories « *autre* » et « *association à but non lucratif* » ne comprenant chacune qu'un sondé (les résultats ne sauraient être représentatifs pour elles).

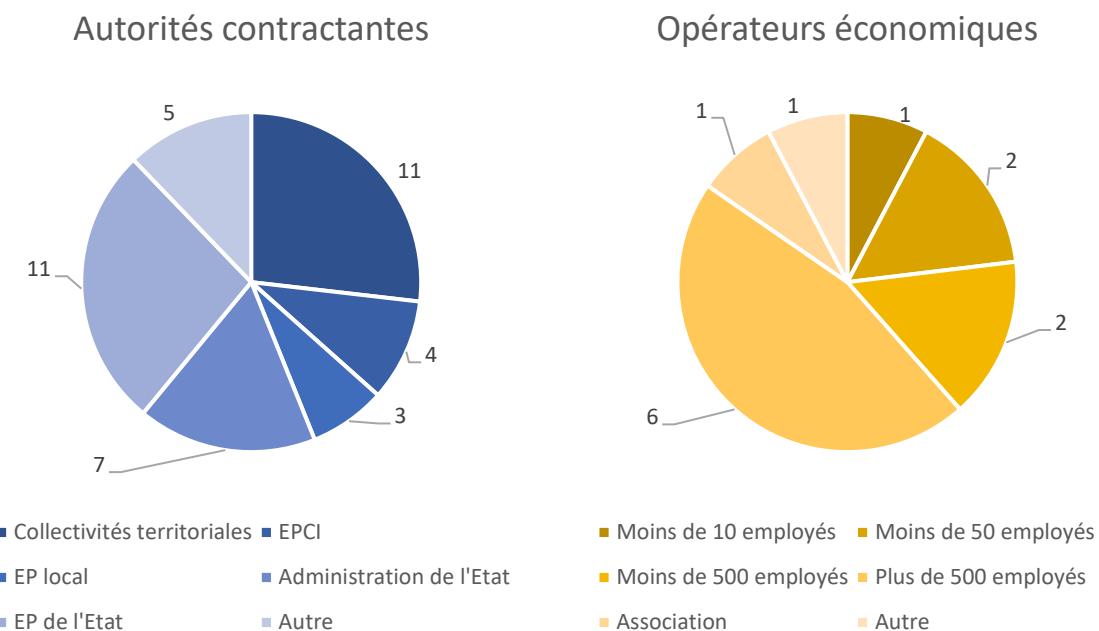
Figure 2.64 : Tableau présentant pour chaque catégorie la proportion de sondés en fonction du nombre total de répondants [Augmentation du taux des avances]

Autorités contractantes			
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Commune	2	72	2,78
EPCI	1	56	1,79
Département	3	30	10
Région	0	8	0
Administration centrale de l'État	3	23	13,04
Administration territoriale de l'État	0	19	0
Autorité administrative indépendante	0	4	0
EPA de l'État	10	50	20
EPIC de l'État	2	16	12,5
EPA local	0	11	0
EPIC local	1	14	7,14
SEM ou SPL	2	23	8,7
Société nationale à capitaux publics	0	11	0
Personnes publiques <i>sui generis</i>	0	6	0
Autre	9	83	10,84
Opérateurs économiques			
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Moins de 10 employés	2	11	18,18
Moins de 50 employés	2	10	20
Moins de 500 employés	3	15	20
Plus de 500 employés	8	31	25,81
Association à but non lucratif	0	1	0
Autre	1	1	100

L'écart entre les opérateurs économiques et les autorités contractantes se comprend en raison du bénéficiaire de la mesure : l'opérateur économique. Fondamentalement, ceci ne semble pas affecter la pratique des autorités contractantes, le mécanisme des avances n'étant pas, dans cette mesure, affecté. Toutefois, pour les entreprises, cette augmentation renforce leur trésorerie. D'où l'accueil favorable qu'elles lui réservent. Concernant les différences d'appréciation entre les diverses catégories d'autorités contractantes, aucune hypothèse particulière ne peut être émise en l'état actuel des travaux.

6. La suppression de la borne de fin de remboursement des avances

Figure 2.65 : Nature des autorités contractantes et des opérateurs économiques sondés estimant simplificatrice la suppression de la borne de fin de remboursement des avances



Données. Sur les 41 autorités contractantes ayant sélectionné cette mesure comme étant simplificatrice, ont répondu 6 communes, 4 EPCI, 4 départements, une région, 4 administrations centrales de l'État, 3 administrations territoriales de l'État, 8 EP administratifs de l'État, 3 EP industriels et commerciaux de l'État, un EP administratif local, 2 EP industriels et commerciaux locaux et 5 autres (dont un bailleur social et un établissement relevant de l'enseignement supérieur). Quant aux 13 opérateurs économiques, un a moins de 10 employés, 2 moins de 50, 2 moins de 500 et 6 plus de 500. Un est une association à but non lucratif. Un dernier opérateur économique, autoqualifié « *autre* », n'a pas souhaité préciser sa nature.

Analyse. L'appréciation du caractère simplificateur de la suppression de la borne de fin de remboursement des avances varie en fonction de la nature des autorités contractantes, la valeur médiane étant de 9,09 % avec 0 % en valeur la plus faible pour les autorités administratives indépendantes, les sociétés d'économie mixte ou les sociétés publiques locales, les sociétés nationales à capitaux publics et les personnes publiques *sui generis*, contre 18,75 % en valeur maximale pour les EP industriels et commerciaux de l'État. Il en va de même (avec un peu plus de stabilité) pour les opérateurs économiques avec une valeur médiane de 19,68 %,

en excluant les catégories « *autre* » et « *association à but non lucratif* » ne comprenant chacune qu'un sondé (les résultats ne seraient être représentatifs pour elles). La valeur maximale est, ici, de 20 % pour les entreprises ayant entre 11 et 50 salariés, tandis que la valeur minimale est de 9,09 % pour les entreprises de moins de 10 employés.

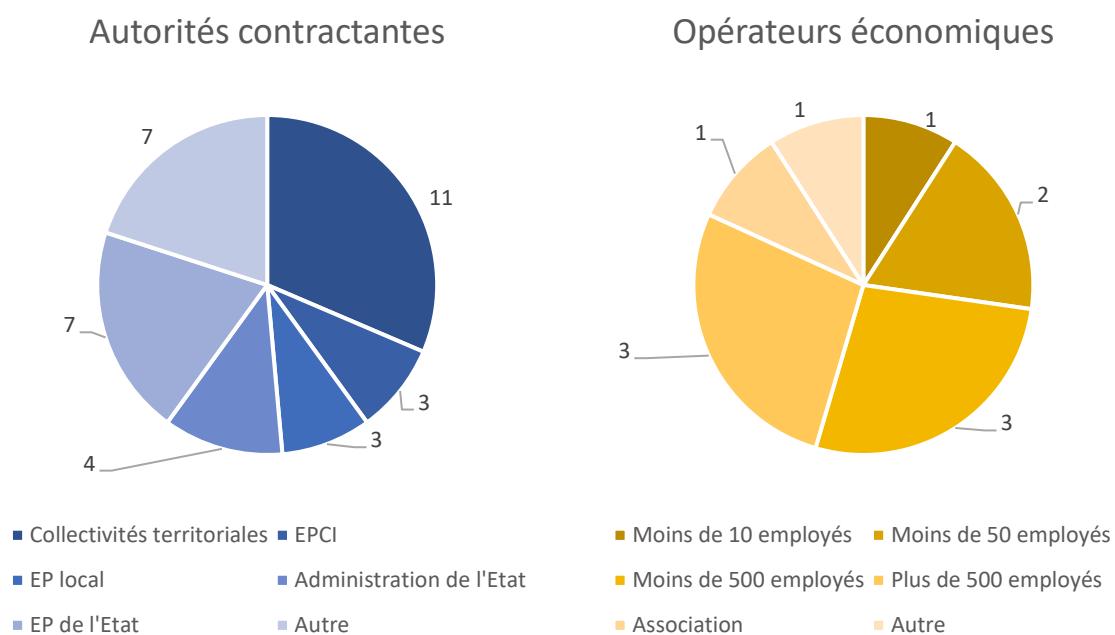
Figure 2.66 : Tableau présentant pour chaque catégorie la proportion de sondés en fonction du nombre total de répondants [Suppression de la borne de fin de remboursement des avances]

Autorités contractantes			
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Commune	6	72	8,33
EPCI	4	56	7,14
Département	4	30	13,33
Région	1	8	12,5
Administration centrale de l'État	4	23	17,39
Administration territoriale de l'État	3	19	15,79
Autorité administrative indépendante	0	4	0
EPA de l'État	8	50	16
EPIC de l'État	3	16	18,75
EPA local	1	11	9,09
EPIC local	2	14	14,29
SEM ou SPL	0	23	0
Société nationale à capitaux publics	0	11	0
Personnes publiques <i>sui generis</i>	0	6	0
Autre	5	83	6,02
Opérateurs économiques			
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Moins de 10 employés	1	11	9,09
Moins de 50 employés	2	10	20
Moins de 500 employés	2	15	13,33
Plus de 500 employés	6	31	19,35
Association à but non lucratif	1	1	100
Autre	1	1	100

En raison de la diversité des résultats, aucune hypothèse spécifique ne peut être, pour l'heure, apportée pour justifier ces variations. En tout état de cause, la finalité de simplification motivant la mesure instaurée par le décret n° 2024-1251 ne semble pas atteinte pour les praticiens.

7. L'abaissement de la retenue de garantie à 3 %

Figure 2.67 : Nature des autorités contractantes et des opérateurs économiques sondés estimant simplificateur l'abaissement de la retenue de garantie à 3 %



Données. Sur les 35 autorités contractantes ayant sélectionné cette mesure comme étant simplificatrice, ont répondu 6 communes, 3 EPCI, 4 départements, une région, 2 administrations centrales de l’État, 2 administrations territoriales de l’État, 6 EP administratifs de l’État, un EP industriel et commercial de l’État, un EP administratif local, 2 EP industriels et commerciaux locaux, 2 sociétés d’économies mixtes locales ou sociétés publiques locales et 5 autres (dont un établissement public hospitalier ou de santé, 2 bailleurs sociaux, une société de droit privé soumise au Code de la commande publique et un établissement relevant de l’enseignement supérieur). Quant aux 11 opérateurs économiques, un a moins de 10 employés, 2 moins de 50, 3 moins de 500 et 3 plus de 500. Un est une association à but non lucratif. Un dernier opérateur économique, autoqualifié « *autre* », n’a pas souhaité préciser sa nature.

Analyse. L’appréciation du caractère simplificateur de la baisse de la retenue de garantie à 3 % pour les TPE et les PME fluctue en fonction de la nature des autorités contractantes, la valeur médiane étant de 8,7 % avec 0 % en valeur la plus faible pour les autorités administratives indépendantes, les sociétés nationales à capitaux publics et les personnes publiques *sui generis*, contre 14,29 % en valeur maximale pour les EP industriels et commerciaux locaux. La situation est quelque peu analogue pour les opérateurs économiques.

Si, la valeur médiane de 20 %¹⁰¹⁸, est identique à la valeur maximale atteinte pour les entreprises ayant entre 11 et 50 salariés et celles ayant entre 51 et 500 salariés, les deux autres catégories avoisinent les 9 %, dont 9,09 % en valeur minimale pour les entreprises de moins de 10 employés.

Figure 2.68 : Tableau présentant pour chaque catégorie la proportion de sondés en fonction du nombre total de répondants [Abaissement de la retenue de garantie]

Autorités contractantes			
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Commune	6	72	8,33
EPCI	3	56	5,36
Département	4	30	13,33
Région	1	8	12,5
Administration centrale de l'État	2	23	8,7
Administration territoriale de l'État	2	19	10,53
Autorité administrative indépendante	0	4	0
EPA de l'État	6	50	12
EPIC de l'État	1	16	6,25
EPA local	1	11	9,09
EPIC local	2	14	14,29
SEM ou SPL	2	23	8,7
Société nationale à capitaux publics	0	11	0
Personnes publiques <i>sui generis</i>	0	6	0
Autre	5	83	6,02
Opérateurs économiques			
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Moins de 10 employés	2	11	9,09
Moins de 50 employés	2	10	20
Moins de 500 employés	3	15	20
Plus de 500 employés	3	31	9,68
Association à but non lucratif	1	1	100
Autre	1	1	100

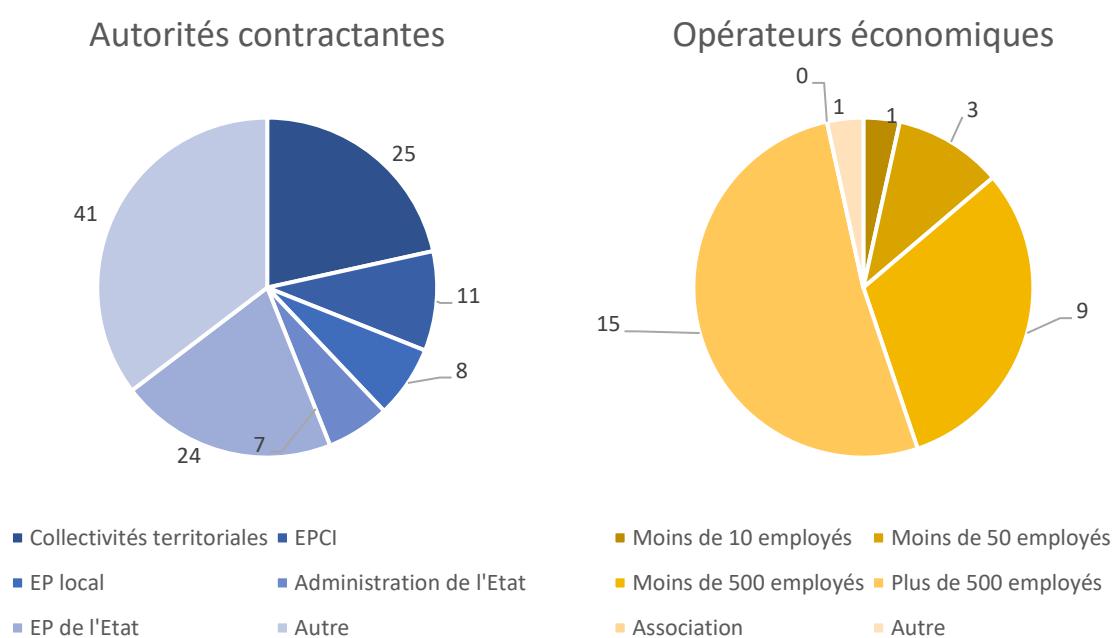
Cette mesure étant prévue pour soutenir les TPE et les PME, la faible approbation par les entreprises de plus de 500 employés n'est pas surprenante. En revanche, les 9,09 % d'entreprises de moins de 10 employés (avec un delta de 10,91 points avec les entreprises ayant entre 11 et 500 employés) laissent sous-entendre que l'objectif n'est que partiellement atteint. Pour autant, il faut garder à l'esprit que ladite mesure provient du décret n° 2024-1251 du 30 décembre 2024. Les sondages ayant été menés en juin et juillet 2025, soit six mois environ après la publication du décret, les effets de cette mesure peuvent ne pas encore se faire ressentir.

¹⁰¹⁸ Ces données excluent les catégories « autre » et « association à but non lucratif » ne comprenant chacune qu'un sondé (les résultats ne sauraient être représentatifs pour elles).

Par ailleurs, et comme pour la mesure précédente, les autorités contractantes n'étant pas les bénéficiaires de cette mesure, la variété des résultats n'appelle aucun commentaire spécifique.

8. La constitution et la modification des groupements avant la signature du marché

Figure 2.69 : Nature des autorités contractantes et des opérateurs économiques sondés estimant simplificatrice l'autorisation de constitution et de modification d'un groupement d'opérateurs économiques avant la signature du marché



Données. Sur les 116 autorités contractantes ayant sélectionné cette mesure comme étant simplificatrice, ont répondu 14 communes, 11 EPCI, 9 départements, 2 régions, 6 administrations centrales de l'État, une administration territoriale de l'État, 18 EP administratifs de l'État, 6 EP industriels et commerciaux de l'État, 3 EP administratifs locaux, 5 EP industriels et commerciaux locaux, 9 sociétés d'économies mixtes locales ou des sociétés publiques locales, 2 sociétés nationales à capitaux publics, une personne publique *sui generis* et 29 autres. Parmi ces 29 autres, ont été recensés notamment 2 établissements publics hospitaliers ou de santé, 2 syndicats mixtes, 10 bailleurs sociaux, 8 sociétés de droit privé soumises au Code de la commande publique, 1 établissement public local d'enseignement et 2 établissements relevant de l'enseignement supérieur. Quant aux 29 opérateurs économiques, un a moins de 10 employés, 3 moins de 50, 9 moins de 500 et 15 plus de 500. Un dernier opérateur économique, autoqualifié « *autre* », n'a pas souhaité préciser sa nature.

Figure 2.70 : Tableau présentant pour chaque catégorie la proportion de sondés en fonction du nombre total de répondants [Constitution et modification d'un groupement avant la signature du marché]

Autorités contractantes			
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Commune	14	72	19,44
EPCI	11	56	19,64
Département	9	30	30
Région	2	8	25
Administration centrale de l'État	6	23	26,09
Administration territoriale de l'État	1	19	5,26
Autorité administrative indépendante	0	4	0
EPA de l'État	18	50	36
EPIC de l'État	6	16	37,5
EPA local	3	11	27,27
EPIC local	5	14	35,71
SEM ou SPL	9	23	39,13
Société nationale à capitaux publics	2	11	18,18
Personnes publiques <i>sui generis</i>	1	6	16,67
Autre	29	83	34,94
Opérateurs économiques			
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Moins de 10 employés	1	11	9,09
Moins de 50 employés	2	10	30
Moins de 500 employés	3	15	60
Plus de 500 employés	8	31	48,39
Association à but non lucratif	0	1	0
Autre	1	1	100

Analyse. L'appréciation du caractère simplificateur de l'allègement du régime de constitution et de modification des groupements lors de la passation des contrats de la commande publique varie en fonction de la nature des autorités contractantes, la valeur médiane étant de 26,09 % avec 0 % en valeur la plus faible pour les autorités administratives indépendantes, contre 39,13 % en valeur maximale pour les sociétés d'économie mixte ou les sociétés publiques locales. Il en va de même pour les opérateurs économiques, avec une valeur médiane de 39,19 %, en excluant les catégories « autre » et « association à but non lucratif » ne comprenant chacune qu'un sondé (les résultats ne sauraient être représentatifs pour elles). La valeur maximale est, ici, de 60 % pour les entreprises ayant entre 51 et 500 salariés, tandis que la valeur minimale est de 9,09 % pour les entreprises de moins de 10 employés.

Pour les autorités contractantes, il est délicat de déterminer un profil des soutiens au caractère simplificateur de cette mesure. Majoritairement, pour les établissements publics et les

entreprises ou sociétés de la sphère publique¹⁰¹⁹, le soutien est à plus de 34 % chacun. Pourtant, deux catégories relativisent cette observation : les sociétés nationales à capitaux publics (18,18 %) et les EP administratifs locaux (27,27 %). De même le profil ne saurait reposer sur les administrations de l'État, puisque le taux de réponses positives pour les administrations centrales est de 26,09 %, mais chute à 5,26 % (deuxième valeur la plus faible) pour les administrations territoriales. Est-ce dire que l'échelon local est plus critique ? Là encore, la réponse doit être nuancée. D'une part, les EP industriels et commerciaux locaux et les sociétés d'économie mixte ou les sociétés publiques locales contredisent ce constat avec leur valeur de 35,71 % et de 39,13 %. D'autre part, les collectivités territoriales sont également divisées sur le sujet. Si les départements reconnaissent à 30 % la vertu simplificatrice de la mesure, les communes et les EPCI sont plus réservés avec une valeur proche de 20 % (19,44 % pour les communes et 19,64 % pour les EPCI). Les régions arbitrent entre les deux camps avec un taux de 25 %. Conclure à une quelconque hypothèse serait en l'état précipité d'autant que ce nouveau régime pour les groupements a été instauré environ six mois avant le début du sondage, par le décret n° 2024-1251 du 30 décembre 2024.

Toutefois, pour les opérateurs économiques, le rejet massif des entreprises de moins de 10 employés, contre une approbation majoritaire du caractère simplificateur de la constitution et de la modification des groupements avant la signature des marchés pour les autres catégories d'entreprises, appelle une hypothèse. Un tel désaveu peut se comprendre par la faible propension des TPE à intégrer des groupements d'opérateurs économiques. Leur pratique n'est donc pas affectée par cette mesure, ce qui altère leur appréciation.

Conclusion. En définitive, une analyse globale des résultats témoigne de la réalité du phénomène de la simplification du droit de la commande publique. Elle révèle également qu'une certaine objectivité irrigue l'apprehension que les praticiens ont de la simplification du droit, ceux pouvant reconnaître (spontanément ou non) des mesures simplificatrices qui ne les affectent pas ou ne leur profitent aucunement ou qu'indirectement. La subjectivité n'est pour autant pas exclue. Elle s'observe particulièrement au sein des autorités contractantes et des opérateurs économiques où les résultats peuvent varier de manière significative en fonction de la nature de l'organisme sondé. En tout état de cause, des mesures récentes font consensus quant à leur vertu simplificatrice : l'adoption du Code de la commande publique et le rehaussement du seuil des marchés de travaux à 100 000 euros.

¹⁰¹⁹ Ce constat inclut les organismes relevant de la catégorie « *autre* ».

Après avoir dressé le bilan des mesures adoptées en droit positif pour simplifier le droit, les praticiens étaient invités à adopter une approche prospective. Cet exercice de fiction juridique devait permettre d'identifier leurs attentes en matière de simplification du droit de la commande publique.

SECTION 3 : LES ATTENTES DES PRATICIENS EN MATIÈRE DE SIMPLIFICATION DU DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE

L'ESSENTIEL À RETENIR

Dans une approche prospective, les sondés étaient interrogés sur **huit mesures potentielles de simplification du droit de la commande publique**.

L'intégralité des mesures proposées recueille l'avis favorable d'au moins 57 % des sondés, toutes catégories confondues (autorités contractantes, avocats, et opérateurs économiques).

L'ordre de préférence des sondés est le suivant :

- 1) La centralisation, par l'État, des documents et attestations nécessaires au dossier de candidature (comme les attestations fiscales ou les condamnations éventuelles de l'entreprise) ;
- 2) La réduction du nombre de normes ;
- 3) La généralisation de la procédure adaptée pour l'ensemble des marchés publics entre 40 000 euros et les seuils européens (c'est-à-dire la suppression du seuil de 90 000 euros de publicité formalisée) ;
- 4) L'unification du contentieux de la commande publique autour de la compétence du juge administratif ;
- 5) La réinstauration du marché public simplifié (MPS) permettant une réponse à un marché public via une plateforme dématérialisée avec un numéro SIRET ;
- 6) La clarification des exigences applicables aux marchés publics inférieurs à 40 000 euros ;
- 7) La suppression des conditions de recours à la procédure avec négociation pour les marchés publics des pouvoirs adjudicateurs ;
- 8) La réduction du nombre de procédures de passation des marchés publics.

Sondage. Pour clôturer le sondage en ligne, les participants étaient invités à partager leur opinion sur le caractère simplificateur pour la commande publique d'une sélection de mesures hypothétiques¹⁰²⁰. Leurs retours étaient attendus sur l'unification du contentieux de la commande publique autour de la compétence du juge administratif (**§I.**), la réduction du nombre de procédures de passation (**§II.**), la suppression des conditions de recours à la procédure avec négociation pour les marchés publics des pouvoirs adjudicateurs (**§III.**), la généralisation de la publicité adaptée pour l'ensemble des marchés publics entre 40 000 euros et les seuils européens (**§IV.**), la clarification des exigences applicables aux marchés dont le montant est inférieur à 40 000 euros (**§V.**), la réinstauration du dispositif des marchés publics simplifiés (**§VI.**), la centralisation par l'État des documents et attestations officiels nécessaires au dossier de candidature (**§VII.**) et la réduction du nombre de normes relatives aux contrats de la commande publique (**§VIII.**).

§I. L'unification du contentieux de la commande publique

Résultats. Les données statistiques permettent de constater une approbation générale des praticiens à une unification du contentieux de la commande publique afin de simplifier le droit de la commande publique. Plusieurs vertus simplificatrices sont reconnues à cette mesure, notamment pour homogénéiser l'interprétation du droit de la commande publique et faciliter les recours contentieux (**A.**). Pour autant, certains sondés relèvent des limites découlant, par exemple, de l'inefficacité du dispositif et d'interrogations quant au déliement de la compétence contentieuse et du fond (**B.**).

A. Les vertus simplificatrices de l'unification du contentieux

Opinions majoritairement favorables. Au stade de l'enquête qualitative, près de la moitié des interviewés¹⁰²¹ était favorable à l'unification du contentieux de la commande publique autour de la compétence du juge administratif. Cette mesure suscite un plus grand enthousiasme des sondés, puisqu'elle est perçue comme simplificatrice par 74,77 % (soit 249 sondés sur 333)¹⁰²². Précisément, y sont favorables :

- **32 avocats sur 36 (soit 88,89 %) ;**

¹⁰²⁰ Les mesures proposées découlent de l'état du droit et de la doctrine, de l'actualité et des entretiens semi-directifs menés par l'équipe de recherche de la Chaire en amont du sondage.

¹⁰²¹ 4 AC, 3 OE et 4 AV.

¹⁰²² 187 AC sur 256 (soit 73,05 %), 30 OE sur 41 (soit 73,17 %) et 32 AV sur 36 (soit 88,89 %).

- **187 autorités contractantes sur 256 (soit 73,05 %) :** 28 communes (sur les 36 ayant répondu à la question, soit 77,78 %), 25 EPCI (sur 33, soit 75,76 %), 13 départements (sur 15, soit 86,67 %), 3 régions (sur 4, soit 75 %), 9 administrations centrales de l'État (sur 14, soit 64,29 %), 8 administrations territoriales de l'État (sur 13, soit 61,54 %), une autorité administrative indépendante (sur 1, soit 100 %), 23 établissements publics (EP) administratifs de l'État (sur 27, soit 85,19 %), 8 EP industriels et commerciaux de l'État (sur 12, soit 66,67 %), 5 EP administratifs locaux (sur 5, soit 100 %), 7 EP industriels et commerciaux locaux (sur 9, soit 77,78 %), 15 sociétés d'économie mixte (SEM) ou sociétés publiques locales (SPL) (sur 21, soit 71,43 %), 6 sociétés nationales à capitaux publics (sur 9, soit 66,67 %), 2 personnes publiques *sui generis* (sur 5, soit 20 %) et 34 autres structures (sur 52, soit 65,38 %) ;
- **30 opérateurs économiques sur 41 (soit 73,17 %) :** 5 entreprises de moins de 10 employés (sur les 6 ayant répondu à la question, soit 83,33 % de cette catégorie), 2 entreprises ayant entre 11 et 50 employés (sur 4, soit 50 %), 9 entreprises ayant entre 51 et 500 employés (sur 9, soit 100 %), 13 entreprises ayant plus de 500 employés (sur 21, soit 61,90 %) et un opérateur économique « autre » (sur un, soit 100 %)¹⁰²³.

La figure ci-après précise la répartition des réponses en fonction de la qualité des répondants en pourcentages (**Figure 2.71**). La figure est suivie d'un tableau recensant la répartition des sondés reconnaissant le caractère simplificateur de l'unification du contentieux de la commande publique autour de la compétence du juge administratif en fonction de la nature de la structure sondée (**Figure 2.72**).

¹⁰²³ Aucune précision de la nature de la structure n'a été mentionnée par le sondé.

Figure 2.71 : Opinion de la vertu simplificatrice de l'unification du contentieux de la commande publique autour de la compétence du juge administratif

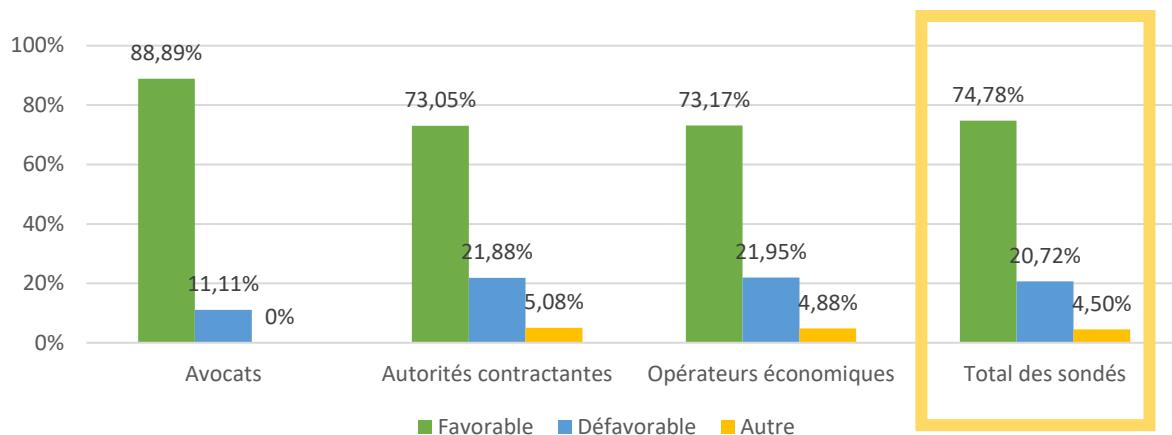


Figure 2.72 : Tableau présentant pour chaque catégorie la proportion d'opinions favorables auprès des sondés [Unification du contentieux]

Autorités contractantes				
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)	
Commune	28	36	77,78	
EPCI	25	33	75,76	
Département	13	15	86,67	
Région	3	4	75	
Administration centrale de l'État	9	14	64,29	
Administration territoriale de l'État	8	13	61,54	
Autorité administrative indépendante	1	0	100	
EPA de l'État	23	27	85,19	
EPIC de l'État	8	12	66,67	
EPA local	5	5	100	
EPIC local	7	9	77,78	
SEM ou SPL	15	21	71,43	
Société nationale à capitaux publics	6	9	66,67	
Personnes publiques <i>sui generis</i>	2	5	20	
Autre	34	52	65,38	
Total	187	256	73,05	
Opérateurs économiques				
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)	
Moins de 10 employés	5	6	83,33	
Moins de 50 employés	2	4	50	
Moins de 500 employés	9	9	100	
Plus de 500 employés	13	21	61,90	
Association à but non lucratif	0	0	0	
Autre	1	1	100	
Total	30	41	73,17	
Avocat				
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)	
Avocat	32	36	88,89	
Total	32	36	88,89	

Homogénéité de l'interprétation et recours simplifiés. Pour 75 sondés (sur 249 ayant répondu positivement, soit 30,12 %)¹⁰²⁴, une telle mesure instaurant un bloc de

¹⁰²⁴ 48 AC sur les 187 reconnaissant le caractère simplificateur de l'unification de la compétence contentieuse (soit 25,67 %), 8 OE sur 30 (soit 26,67 %) et 19 AV sur 32 (soit 59,38 %).

compétence unique permettrait d'homogénéiser les décisions juridictionnelles et de réduire les interprétations et appréciations divergentes entre les juridictions¹⁰²⁵, ainsi que les différences procédurales¹⁰²⁶. En somme, pour une majorité d'entre eux, une telle mesure renforcerait la sécurité juridique entre les parties en évitant les doutes tenant à la compétence juridictionnelle (lorsque la question se pose), à l'interprétation des normes et aux règles de procédures. L'un des répondants, avocat, explique :

« Malgré les débats doctrinaux que l'unification du contentieux de la commande publique peut soulever, c'est une nécessité pour l'harmonisation des appréciations sur la procédure et surtout les délais. Les procédures accélérées au fond devant le tribunal judiciaire peuvent durer six mois, depuis la réforme des procédures civiles ayant “fait sauter” le référentiel précontractuel des référés des présidents. Il n'est pas question, dans cette mesure, de déqualifier les contrats privés de la commande publique en les qualifiant de manière erronée en contrat administratifs, ce qu'ils ne peuvent être. En revanche, ce ne sera pas la première fois qu'une unification du contentieux s'effectue au regard de spécificités. L'unification par la Loi Warsmann^[1027] de la compétence judiciaire pour les contentieux des droits de propriétés intellectuelles (même pour les marchés publics) en est un exemple. »¹⁰²⁸

Acculturation du juge administratif. D'ailleurs, 21 sondés¹⁰²⁹ estiment que le juge administratif maîtrise mieux le droit de la commande publique que le juge judiciaire¹⁰³⁰. Une société d'économie mixte rapporte :

¹⁰²⁵ Des divergences « difficiles à expliquer aux commerciaux », selon 1 opérateur économique.

¹⁰²⁶ La simplification s'illustre dans le recours lui-même, en témoigne 1 avocat : « Le juge administratif peut être saisi plus facilement que le juge judiciaire, c'est-à-dire par voie de requête plutôt que par voie d'assignation ». Un autre avocat insiste, quant à lui, sur l'incompatibilité de la procédure civile au contentieux de la commande publique, sans pour autant apporter plus de précisions. Enfin, un dernier avocat relève les bienfaits d'une telle mesure sur le risque d'incompétence juridictionnelle, facteur de perte de temps dans certaines procédures contentieuses. En unifiant le contentieux, ce risque et ses conséquences sont évités. À l'inverse, 1 autorité contractante rejette l'unification de la compétence contentieuse afin de « préserver l'applicabilité du Code de l'organisation judiciaire aux pouvoirs adjudicateurs autre que l'Etat, les collectivités territoriales et leurs établissements, celui-ci étant plus adapté à leurs besoins ».

¹⁰²⁷ Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, JORF n°0115 du 18 mai 2011, art. 196 ; Code de la propriété intellectuelle, art. L. 331-1 ; TC, 9 déc. 2019, n° 4169.

¹⁰²⁸ 1 AV.

¹⁰²⁹ 17 AC, 2 OE et 2 AV.

¹⁰³⁰ L'un des avocats indique, à ce titre, que le juge administratif a l'habitude du contentieux contractuels : « il n'y a pas de surprises, a priori, avec lui ». Pour un autre, le juge judiciaire « n'a pas la culture de l'achat public ».

« Dans ma structure, nous passons des marchés soumis au Code de la commande publique dont les contentieux sont présentés devant le juge judiciaire. Or, ce dernier semble difficilement maîtriser les différentes règles et exceptions inhérentes à la commande publique. La commande publique doit rester sous la compétence unique du juge administratif ne serait-ce que pour garantir une même approche des affaires et plus de clarté. »

Dans le même sens, 1 opérateur économique confie que les tribunaux de commerce et les tribunaux judiciaires s'inspirent fortement de la jurisprudence du juge administratif, sans pour autant être aussi familiers avec la matière que les juridictions administratives : « *le juge administratif a une meilleure connaissance qui lui permet une certaine agilité intellectuelle* »¹⁰³¹. Cependant, 1 autre opérateur économique sondé relativise cette position. Certes, le juge administratif est plus habitué au contentieux de la commande publique en raison du flux de dossiers qu'il connaît. Pour autant, s'agissant du contentieux de l'exécution des contrats privés de la commande publique, la compétence du tribunal administratif questionne au regard de leur régime juridique de droit privé¹⁰³².

Égalité des justiciables. En outre, 1 avocat et 2 autorités contractantes considèrent qu'une unification du contentieux renforcerait l'égalité des opérateurs économiques et des tiers devant la Justice, ceux-ci étant alors jugés de la même façon quel que soit l'acheteur. À ce point s'ajoute celui des frais de justice. Suivant les propos d'un opérateur économique, il ne faut pas oublier que : « *avec la réforme des Tribunaux des affaires économiques, une contribution financière est demandée aux opérateurs économiques présentant des réclamations, contrairement aux affaires portées devant les tribunaux administratifs alors que le régime d'exécution est quasiment le même* »¹⁰³³.

Une autorité contractante confirme : « *La qualité des décisions de justice rendues par les juges judiciaires laisse souvent à désirer. Il apparaît nécessaire de confier ce type de contentieux à des juges qui maîtrisent les règles de commande publique* ». Une autre autorité contractante constate un manque d'aisance du juge judiciaire dans l'utilisation des CCTP, des CCAP et des mémoires techniques.

¹⁰³¹ 1 OE.

¹⁰³² Cette opinion est partagée par une autre autorité contractante.

¹⁰³³ 1 OE.

B. Les limites à l'unification du contentieux

Opinions défavorables. Sur les 333 sondés ayant répondu à la question, 69 (soit 20,72 %)¹⁰³⁴ dénient toute vertu simplificatrice à une mesure d'unification du contentieux de la commande publique, tandis qu'ils étaient 14,2 % (soit 3) des interviewés à rejeter l'effet simplificateur d'une telle mesure.

Compétences exclusives et compétences naturelles. Pour 2 avocats, l'unification n'est pas souhaitable en raison de la compétence exclusive de certaines juridictions notamment en matière de concurrence (le juge judiciaire) ou de finances (les chambres régionales des comptes et la Cour des comptes). L'un d'eux ajoute que « *le dualisme juridictionnel reflète la diversité des contrats et des acteurs économiques concernés, certains contentieux relevant naturellement du juge judiciaire (à l'image des litiges entre personnes privées, de l'exécution purement contractuelle, de la responsabilité délictuelle d'un titulaire, etc.)* »¹⁰³⁵. La complexité, selon lui, résulte de « *l'absence de lisibilité des critères de compétence ou de leur évolution jurisprudentielle* ». Dès lors, il recommande « *une clarification des compétences juridictionnelles, accompagnée d'une meilleure orientation des parties, d'autant plus qu'un transfert massif de compétence au juge administratif risquerait une congestion des juridictions administratives* ».

L'attribution d'une compétence exclusive au juge administratif pour le contentieux de la commande publique serait, pour 5 opérateurs économiques, « *impossible et risquée* »¹⁰³⁶ en raison, selon eux, de ses difficultés à comprendre et appréhender les problématiques des entreprises. De plus, ils témoignent d'une suspicion de partialité en faveur des acheteurs

¹⁰³⁴ 56 AC sur 256 (soit 21,88 %), 9 OE sur 41 (soit 21,95 %) et 4 AV sur 36 (soit 11,11 %).

S'agissant des autorités contractantes : 5 communes (sur les 36 ayant répondu à la question, soit 13,89 %), 4 EPCI (sur 33, soit 12,12 %), 0 département (sur 15, soit 0 %), 1 région (sur 4, soit 25 %), 5 administrations centrales de l'État (sur 14, soit 35,71 %), 3 administrations territoriales de l'État (sur 13, soit 23,08 %), 0 autorité administrative indépendante (sur 1, soit 0 %), 4 EP administratifs de l'État (sur 27, soit 14,81 %), 4 EP industriels et commerciaux de l'État (sur 12, soit 33,33 %), 0 EP administratif local (sur 5, soit 0 %), 2 EP industriels et commerciaux locaux (sur 9, soit 22,22 %), 6 SEM ou SPL (sur 21, soit 28,57 %), 3 sociétés nationales à capitaux publics (sur 9, soit 33,33 %), 3 personnes publiques sui generis (sur 5, soit 60 %) et 16 autres structures (sur 52, soit 30,77 %). Pour les opérateurs économiques : 1 entreprises de moins de 10 employés (sur les 6 ayant répondu à la question, soit 16,67 % de cette catégorie), 2 entreprises ayant entre 11 et 50 employés (sur 4, soit 50 %), 0 entreprise ayant entre 51 et 500 employés (sur 9, soit 0 %), 6 entreprises ayant plus de 500 employés (sur 21, soit 28,57 %) et 0 opérateur économique « autre » (sur 1, soit 0 %).

¹⁰³⁵ 1 AV.

¹⁰³⁶ 1 OE.

publics. Dans le même sens, 2 autorités contractantes doutent de la pertinence d'associer les termes « *juge administratif* » et « *simplification* »¹⁰³⁷.

Régime(s) juridique(s) applicable(s). Par ailleurs, comme le soulignent un avocat, 13 autorités contractantes et 2 opérateurs économiques sondés, l'unification du contentieux de la commande publique serait source de complexité. Ils s'inquiètent qu'un tel transfert de compétence s'accompagne d'une mutation du régime juridique. Ainsi, pour l'avocat, « *un pan entier des acheteurs (et de leurs fournisseurs) va se trouver soumis à un régime juridique (contrats administratifs) totalement différent de leurs usages (contrat de droit privé)* »¹⁰³⁸. Or, 1 des opérateurs économiques relève qu'il est nécessaire de garder à l'esprit la liaison de la compétence et du fond : « *Si le contentieux ne porte pas sur un contrat de droit public, cela n'a pas nécessairement de sens de le soumettre au juge administratif* »¹⁰³⁹.

En somme, les multiples réponses des sondés illustrent une inquiétude marquée que le fond (donc le régime applicable) suive la compétence. Ceci peut expliquer les données recensées dans le tableau détaillant la nature des sondés qui reconnaissent le caractère simplificateur de la mesure d'unification de la compétence contentieuse (**Figure 2.13.a, supra**). En effet, à l'exception des administrations de l'État (centrales et territoriales) et des personnes publiques *sui generis*, les plus faibles pourcentages relevés (compris entre 60 % et 70 %) concernent les acheteurs relevant du droit privé.

Or, l'unification des compétences contentieuses ne signifie pas systématiquement une unification des régimes juridiques, comme l'évoquait précédemment 1 avocat en évoquant la propriété intellectuelle (voir *supra*). En revanche, des biais pourraient guider les raisonnements des juges administratifs en raison de leur prisme de juristes en droit public et affecter progressivement le régime juridique des contrats privés de la commande publique. Une telle hypothèse est formulée par 3 autorités contractantes. Elles redoutent que le juge administratif utilise des décisions propres aux collectivités territoriales pour les appliquer à des entreprises privées. À ce propos, l'une d'elles observe que « *les achats privés, bien que partiellement soumis au Code de la commande publique, obéissent à des logiques économiques et des usages propres aux secteurs concurrentiels qui sont mieux pris en compte par le juge judiciaire* »¹⁰⁴⁰. Une personne publique *sui generis* ajoute :

¹⁰³⁷ 2 AC.

¹⁰³⁸ 1 AV.

¹⁰³⁹ 1 AV.

¹⁰⁴⁰ 1 AC.

« Ce changement de qualification engendrerait un alourdissement procédural et une certaine insécurité juridique. Cela représente une grande incertitude sur la capacité pour le juge administratif à appréhender les logiques industrielles et les questions associées des contrats des entités adjudicatrices avec ses fournisseurs. L'organisation actuelle fait sens. Les contrats conclus par les entités adjudicatrices font naître des rapports de droit privé avec leurs fournisseurs. Les contentieux en résultant doivent être traités par le juge judiciaire, qui disposent, dans les grandes juridictions, de juges spécialisés en commande publique. La mesure peut à son tour soulever des interrogations ou complications, pour les acheteurs et leurs co-contractants, car une partie de l'activité des organismes privés concernés serait désormais de la compétence du juge administratif tandis qu'ils continueront de relever, pour le reste, du juge judiciaire. »¹⁰⁴¹

Inefficacité. En tout état de cause, pour 1 avocat sondé, une telle mesure ne serait pas efficace. Il estime que les opérateurs économiques, en particulier les PME, ne fuient pas la commande publique en raison du dualisme juridictionnel. L'efficacité est également remise en cause par un de ses confrères¹⁰⁴², 3 autorités contractantes¹⁰⁴³ et 1 opérateur économique. L'unification contentieuse entraînerait vraisemblablement un engorgement des juridictions administratives¹⁰⁴⁴. Au sens de l'opérateur économique sondé, il serait préférable de privilégier les modes alternatifs de règlement des différends. Pour 2 autorités contractantes, il restera indéniablement des réglementations sectorielles qui ne pourront pas relever de la compétence du juge administratif, en particulier la propriété intellectuelle et le droit pénal. En fait, conclut une collectivité territoriale¹⁰⁴⁵, il s'agit d'un « sujet de niche »¹⁰⁴⁶.

Sans opinion. Certains sondés (15 sur 333, soit 4,5 %¹⁰⁴⁷) ont indiqué ne pas avoir d'opinion spécifique sur ce sujet¹⁰⁴⁸. Selon 1 opérateur économique, l'unification du

¹⁰⁴¹ Le risque d'insécurité juridique est également perçu par une autre autorité contractante.

¹⁰⁴² Voir propos cités plus haut.

¹⁰⁴³ L'une d'elles écrit que : « *Le contentieux naît de la complexité et du formalisme. C'est bien en amont qu'il faut d'abord intervenir et concentrer les efforts* ».

¹⁰⁴⁴ Plusieurs sondés reconnaissant le caractère simplificateur de la mesure ont évoqué, eux aussi, ce risque d'engorgement (2 OE).

¹⁰⁴⁵ Une autorité contractante abonde en ce sens en précisant n'avoir « *jamais été confrontée à des difficultés sur ce sujet* ». Une autre explique ne pas être concernée car son contentieux relève exclusivement du juge administratif.

¹⁰⁴⁶ 1 AC.

¹⁰⁴⁷ 13 AC sur 256 (soit 5,07 % : 3 communes, 4 EPCI, 2 départements, 2 administrations territoriales de l'État et 2 autres structures) et 2 OE sur 41 (soit 4,88 % : 2 entreprises de plus de 500 employés). Attention, parmi les autorités contractantes, 2 ont apporté des réponses non-exploitables par manque de détails.

¹⁰⁴⁸ Certains d'entre eux ont indiqué ne pas avoir suffisamment d'expériences contentieuses pour se prononcer.

contentieux n'apparaît pas comme une mesure prioritaire pour simplifier le droit de la commande publique. Pour 1 autre opérateur économique sondé, qui reconnaît certaines vertus à l'unification, les bénéfices du dualisme juridictionnel semblent cependant plus importants :

« Une jurisprudence harmonisée sous l'égide du juge administratif serait source de sécurisation juridique. Elle faciliterait l'analyse de risque lié au contentieux pour les acteurs de la commande publique. Elle permettrait également un traitement équivalent face à un même droit pour les acteurs qu'ils interagissent avec un pouvoir adjudicateur relevant du juge administratif ou du juge judiciaire.

En revanche, avoir des approches différenciées permet de faire bouger certaines lignes jurisprudentielles et de bénéficier d'une inspiration mutuelle entre juridictions administratives et judiciaires. »¹⁰⁴⁹

De leur côté, 4 autorités contractantes supposent qu'une telle mesure serait sans effet sur la simplification ou la complexité du droit de la commande publique. Le contentieux de la commande publique n'est pas un véritable sujet en raison de la proportion infinitésimale de marchés faisant l'objet d'un recours contentieux¹⁰⁵⁰. Par exemple, l'une d'elles indique n'avoir géré en 13 années de service qu'un seul contentieux en marché public. Une autre n'en a connu aucun en 3 années d'expérience.

Appart des résultats. La compétence juridictionnelle semble, pour une majorité des enquêtés, être un élément non négligeable pour évaluer la complexité du droit de la commande publique. Même si certains praticiens s'opposent à une unification du contentieux de la commande publique autour de la compétence du juge administratif, il demeure que l'appréhension générale de la simplification tient compte de la compétence juridictionnelle.

§II. La réduction du nombre de procédures de passation

Résultats. La simplification du droit de la commande publique qu'emporterait une réduction du nombre de procédures ne convainc qu'une faible majorité d'enquêtés. Si des vertus simplificatrices sont reconnues à cette mesure, notamment pour renforcer la sécurité juridique

¹⁰⁴⁹ 1 OE.

¹⁰⁵⁰ À noter, 4 AC considérant la mesure comme non simplificatrice ont également partagé ce constat. L'une d'elles précise : « *Cette mesure n'impacterait pas de manière significative le travail des acheteurs, ni sans doute celui des entreprises, compte tenu de la part marginale de la commande publique dans le contentieux des deux ordres de juridiction. La bonne orientation du recours relève principalement de la responsabilité des avocats* ».

des procédures de passation (**A.**), il demeure que son inefficacité est relevée par de nombreux sondés (**B.**).

A. Les vertus simplificatrices de la réduction du nombre de procédures

Données. À l'instar des interviewés¹⁰⁵¹, les sondés apparaissent divisés sur la vertu simplificatrice d'une réduction du nombre de procédures de passation : cette mesure est moins consensuelle, même si la majorité estime qu'une telle mesure participerait à la simplification du droit de la commande publique (245 sur 426, soit 57,51 %). Précisément, y sont favorables :

- **20 avocats sur 33 (soit 60,61 %) ;**
- **200 autorités contractantes sur 339 (soit 59 %) :** 36 communes (sur les 59 ayant répondu à la question, soit 61,02 %), 27 EPCI (sur 46, soit 58,70 %), 13 départements (sur 20, soit 65 %), 5 régions (sur 7, soit 71,43 %), 10 administrations centrales de l'État (sur 18, soit 55,56 %), 9 administrations territoriales de l'État (sur 14, soit 64,29 %), une autorité administrative indépendante (sur 3, soit 33,33 %), 23 EP administratifs de l'État (sur 45, soit 51,11 %), 9 EP industriels et commerciaux de l'État (sur 14, soit 64,29 %), 7 EP administratifs locaux (sur 9, soit 77,78 %), 9 EP industriels et commerciaux locaux (sur 12, soit 75 %), 9 SEM ou SPL (sur 19, soit 47,37 %), 4 sociétés nationales à capitaux publics (sur 7, soit 57,14 %), aucune personne publique *sui generis* (sur 4, soit 0 %) et 38 autres structures (sur 62, soit 61,29 %) ;
- **25 opérateurs économiques sur 54 (soit 46,30 %) :** 4 entreprises de moins de 10 employés (sur les 10 ayant répondu à la question, soit 40 % de cette catégorie), 4 entreprises ayant entre 11 et 50 employés (sur 7, soit 57,14 %), 6 entreprises ayant entre 51 et 500 employés (sur 12, soit 50 %), 10 entreprises ayant plus de 500 employés (sur 24, soit 41,67 %) et une association à but non lucratif (sur une, soit 100 %).

La figure ci-après précise la répartition des réponses en fonction de la qualité des répondants en pourcentages (**Figure 2.73**). La figure est suivie d'un tableau recensant la répartition des sondés reconnaissant le caractère simplificateur de la réduction du nombre de

¹⁰⁵¹ Ils étaient 4 à réclamer une réduction du nombre de procédures de passation.

procédures de passation des contrats de la commande publique en fonction de la nature de la structure sondée (**Figure 2.74**).

Figure 2.73 : Opinion de la vertu simplificatrice de la réduction du nombre de procédures de passation

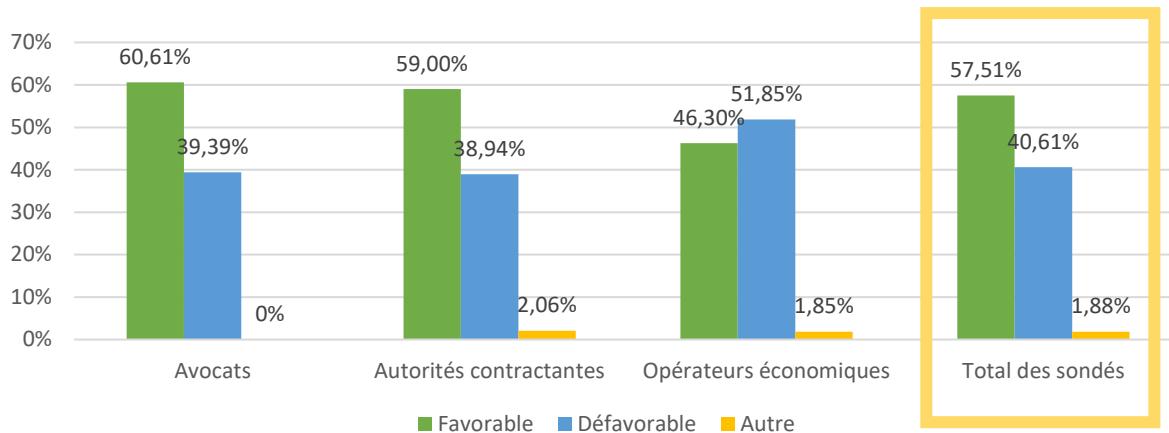


Figure 2.74 : Tableau présentant pour chaque catégorie la proportion d'opinions favorables auprès des sondés [Réduction du nombre de procédures de passation]

Autorités contractantes				
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)	
Commune	36	59	61,02	
EPCI	27	46	58,70	
Département	13	20	65	
Région	5	7	71,43	
Administration centrale de l'État	10	18	55,56	
Administration territoriale de l'État	9	14	64,29	
Autorité administrative indépendante	1	3	33,33	
EPA de l'État	23	45	51,11	
EPIC de l'État	9	14	64,29	
EPA local	7	9	77,78	
EPIC local	9	12	75	
SEM ou SPL	9	19	47,37	
Société nationale à capitaux publics	4	7	57,14	
Personnes publiques <i>sui generis</i>	0	4	0	
Autre	38	62	61,29	
Total	200	339	59,00	
Opérateurs économiques				
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)	
Moins de 10 employés	4	10	40	
Moins de 50 employés	4	7	57,14	
Moins de 500 employés	6	12	50	
Plus de 500 employés	10	24	41,67	
Association à but non lucratif	1	1	100	
Autre	0	0	0	
Total	25	54	46,30	
Avocat				
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)	
Avocat	20	33	60,61	
Total	20	33	60,61	

Analyse. La réduction du nombre de procédures de passation est ainsi davantage plébiscitée par les autorités contractantes et les avocats (respectivement à 59 % et 60,61 %) que

par les opérateurs économiques (46,3 %). Ceci s'explique vraisemblablement, comme le confirment les justifications avancées par les sondés et restituées ci-dessous, par les organismes qui sont principalement affectés par une telle mesure : les autorités contractantes. Le risque résultant du choix de la procédure de passation pèse exclusivement sur les autorités contractantes, et le risque corrélatif de violation des règles procédurales est également plus élevé à leur encontre qu'à l'égard des opérateurs économiques.

S'agissant des avocats, il est possible que leurs réponses reposent sur les mêmes motivations s'ils conseillent des autorités contractantes ou observent des risques pris par les autorités contractantes même en conseillant des opérateurs économiques. Ils souscrivent d'ailleurs à un certain nombre de justifications avancées ci-dessous portant sur le caractère simplificateur de la réduction du nombre de procédures de passation.

Justifications. Parmi les 245 sondés reconnaissant le caractère simplificateur de cette mesure, 123 ont précisé leur opinion¹⁰⁵². Le traitement de leurs réponses a donné lieu à leur classification autour de deux grands axes de justification : les gains opérationnels (de temps et des pratiques) et la sécurité juridique.

Gains de temps et standardisation des pratiques. La réduction du nombre de procédures est perçue comme simplificatrice en raison du gain de temps et de la standardisation des pratiques qu'elle emporterait, selon 6 avocats, 23 autorités contractantes et 7 opérateurs économiques¹⁰⁵³. Le fait de ne plus s'interroger sur les seuils de publicité et de procédure explique la position de 2 avocats, 2 autorités contractantes et un opérateur économique. D'ailleurs, s'agissant précisément des seuils, l'une des autorités contractantes approuve la mesure qui « éviterait de se tromper, les seuils étant modifiés tous les deux ans, sans oublier qu'il peut être délicat de jongler entre les différents seuils en fonction du type de marché public »¹⁰⁵⁴. En outre, cette réduction optimiserait le travail des acheteurs et des juristes, notamment en n'ayant pas à motiver le recours à telle ou telle procédure formalisée, comme le confient un avocat et 4 autorités contractantes¹⁰⁵⁵. Du côté des opérateurs économiques, pour un avocat et 3 opérateurs économiques, le gain de temps s'observerait pour soumissionner,

¹⁰⁵² Précisément, 99 AC, 12 OE et 12 AV.

¹⁰⁵³ Une autorité contractante propose également une autre solution pour standardiser les pratiques et simplifier le droit de la commande publique : « *le développement d'une nomenclature achat commune à tous les acheteurs pour gérer de façon identique la computation des seuils* ».

¹⁰⁵⁴ 1 AC.

¹⁰⁵⁵ L'une des autorités contractantes écrit que « *les procédures “à justifier” alourdissent le processus de préparation* ».

surtout si cette réduction du nombre de procédures s'accompagne d'un allègement administratif.

Quant à la standardisation des pratiques, un avocat relève la difficulté de « *faire comprendre aux acteurs de terrain pourquoi la négociation est possible en procédure adaptée, mais aucunement en appel d'offres* »¹⁰⁵⁶. Dès lors, la standardisation des pratiques permettrait de résoudre cette problématique récurrente si la réduction du nombre de procédures élargissait le recours à la négociation¹⁰⁵⁷.

Enfin, 7 autorités contractantes estiment que cette standardisation faciliterait la maîtrise de la passation des contrats de la commande publique par leurs agents, d'autant plus dans un contexte où les ressources humaines des collectivités sont en manque de spécialistes. Les rares juristes en droit de la commande publique qu'elles engagent pourraient se concentrer sur les procédures les plus complexes et les projets les plus importants. En somme, il s'agirait d'optimiser leurs compétences et connaissances sur un nombre réduit de procédures et de renforcer la professionnalisation des acheteurs.

Sécurité juridique. Pour 5 avocats, 40 autorités contractantes et un opérateur économique, la réduction du nombre de procédures de passation entraînerait une baisse du risque contentieux dans le choix de la procédure¹⁰⁵⁸ et dans l'application des règles procédurales¹⁰⁵⁹, notamment pour des montages contractuels complexes. Pour une autorité contractante, la complexité provient du nombre important de procédures dérogatoires¹⁰⁶⁰. Une telle proposition coïncide avec les besoins de clarté et stabilité juridique des praticiens¹⁰⁶¹. Les erreurs d'interprétation seraient plus rares¹⁰⁶². Un EPIC local résume l'idée générale :

« *La réduction du nombre de procédures de marchés publics simplifierait le cadre juridique en le rendant plus lisible et cohérent. Elle permettrait de*

¹⁰⁵⁶ 1 AV.

¹⁰⁵⁷ À noter, la question ne mentionnait pas l'allègement des conditions de la procédure avec négociation qui faisait l'objet d'une question distincte. Certains répondants ont évoqué, spontanément, cette éventualité.

¹⁰⁵⁸ À ce propos, 3 autorités contractantes confient que certaines procédures, en raison de leur spécificité et de leur complexité, ne sont jamais utilisées par leur structure, notamment pour l'achat innovant.

¹⁰⁵⁹ Un département sondé indique que ces risques peuvent porter, par exemple, sur les délais à respecter, la compétence des attributaires des marchés ou encre des signataires.

¹⁰⁶⁰ Ce répondant explique : « *Nous avons le sentiment qu'à chaque exception à un principe, une procédure est créée. Il est extrêmement laborieux de s'y retrouver et de ne pas commettre d'impairs au lancement d'un marché* ».

¹⁰⁶¹ Comme le confient un avocat et 6 autorités contractantes.

¹⁰⁶² Ceci est expressément évoqué par 9 AC et 1 AV.

limiter les erreurs, d'accélérer les processus et de réduire la charge administrative. »¹⁰⁶³

La sécurité juridique s'en trouverait ainsi renforcée avec une meilleure maîtrise des risques juridiques et contentieux. Pour autant, les règles procédurales ne devraient pas être figées, selon une administration centrale de l'État, afin de laisser une marge de manœuvre aux acheteurs dans les règlements de consultation¹⁰⁶⁴.

Propositions des sondés. Au-delà des raisons ayant motivé leur réponse, 31 enquêtés ont soumis l'idée de réduire le cadre actuel à une procédure formalisée (avec la possibilité de pouvoir négocier) ou à deux procédures (appels d'offres et procédure avec négociation) formalisées.

Procédure unique avec option de négociation. Au-delà des seuils européens, 3 avocats, 21 autorités contractantes¹⁰⁶⁵ et un opérateur économique militent pour la réduction du nombre de procédures de passation à une seule procédure formalisée. Une option permettrait, au choix du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice, de recourir à la négociation en cours de procédure¹⁰⁶⁶. Une administration centrale de l'État soutient qu'une telle mesure renforcerait l'efficacité de la commande publique. Elle écrit :

« Une procédure de droit commun pour tous les marchés, qui permet la négociation, en laissant le soin à l'acheteur d'adapter le formalisme et les délais en fonction de la nature des prestations, des usages commerciaux et des modèles économiques des marchés économiques adressés, serait forcément plus efficace et permettrait de se focaliser uniquement sur l'attractivité et de la consultation et l'efficacité du marché. Cette solution

¹⁰⁶³ 1 AC.

¹⁰⁶⁴ Textuellement, le répondant écrit : « *Une réduction des procédures, surtout sans les figer. Un contrat doit être un projet au choix de l'acheteur dans le règlement de consultation, avec le détail de chaque étape. S'il veut négocier, s'il veut remettre en concurrence au cours de l'exécution (comme avec le SAD actuel), il doit pouvoir le faire. Laisser l'acheteur libre permettrait de faire des économies pour les dépenses publiques et d'avoir des marges plus structurées pour les entreprises* ». Une autre autorité contractante (n'ayant pas précisé sa nature) confirme cette approche : « *On ne naît pas acheteur public. Cela s'apprend et c'est un travail de longue haleine vu la complexité des règles. Si on laissait à l'acheteur la possibilité d'agir avec le bon sens commun, en fonction de la particularité de la situation à laquelle il est confrontée, des règles de base communes suffiraient amplement, quel que soit le montant* ».

¹⁰⁶⁵ L'une de ces autorités contractantes considère que les appels d'offres n'ont que peu d'utilité économique et pratique : « *Les appels d'offres restreints n'ont plus d'utilité depuis que les DCE doivent être mis en ligne dès parution des avis de marchés. Les appels d'offres ouverts sont, quant à eux, sans réalité économique aujourd'hui dans le sens où ils empêchent les acheteurs de négocier les offres reçues* ».

¹⁰⁶⁶ Une autorité contractante soumet l'idée que cette option puisse réservier la négociation qu'à une sélection de candidats admis à négocier.

serait plus pertinente que de retenir une procédure inadaptée, par simple « sécurité juridique ». »¹⁰⁶⁷

Pour un avocat, une telle réforme sécuriserait tant la passation que l'exécution du contrat, car « *les différends naissent souvent d'un CCAP et d'un CCTP mal rédigés, sur lesquels le candidat ne peut formuler aucune réserve, et sur lesquels il est contraint de s'engager au risque de voir son offre déclarée irrégulière* »¹⁰⁶⁸. En outre, un EPA local et un EPIC local défendent la possibilité de pouvoir négocier dans un objectif de bon usage des deniers publics¹⁰⁶⁹.

Pour 5 sondés, la négociation ne devrait pas être une option, mais être systématiquement imposée¹⁰⁷⁰. Ces derniers accompagnent une telle proposition d'une recommandation de formations et de qualifications professionnelles d'acheteurs publics.

Sous les seuils européens, la procédure adaptée continuerait d'exister. Toutefois, 2 répondants¹⁰⁷¹ ont confié que, puisque les procédures adaptées sont organisées de manière aussi formelle qu'un appel d'offres, la question d'étendre une unique procédure formalisée à l'ensemble des marchés devrait se poser. Pour l'un d'eux, ceci mettrait un terme aux incertitudes liées à l'application des seuils de publicité et de procédure.

En tout état de cause, la réduction à une unique procédure peut interpeler au regard de l'utilité du dialogue compétitif. Certes, une procédure unique avec une option de négociation pourrait être envisagée. Seulement, comme le relève une autorité contractante, la pertinence de supprimer le dialogue compétitif reste à démontrer. Cette procédure permet d'adapter le besoin au fur et à mesure de la procédure de passation, lorsque le pouvoir adjudicateur ne peut pas définir seul les moyens techniques répondant à son besoin¹⁰⁷².

¹⁰⁶⁷ Une autre autorité contractante espère qu'en réduisant à une seule procédure, « *l'unicité du formalisme évitera les écueils dans les procédures de passation* ».

¹⁰⁶⁸ 1 AV. Des constats similaires avaient déjà été relevés lors d'anciennes enquêtes de terrain de la Chaire de droit des contrats publics. Voir : F. Lichère (dir.), *Liens entre règles de passation et difficultés d'exécution dans les contrats publics*, Chaire DCP, 2021, 156 p., disponible en ligne : <https://chairedcp.univ-lyon3.fr/rapport-liens-entre-regles-de-passation-et-difficultes-dexecution-dans-les-contrats-publics>.

¹⁰⁶⁹ Une autre autorité contractante confirme cette nécessité : « *En effet, en pratique, pour les besoins courants d'un montant supérieur aux seuils, nous sommes « contraints » de retenir des offres qui pourraient être assez élevées sans avoir possibilité d'aller chercher une optimisation financière. Cela paraît assez contradictoire avec le principe de bonne utilisation des deniers publics car pour les besoins les plus chers, nous ne pouvons pas obtenir de meilleures offres via des négociations* ».

¹⁰⁷⁰ 4 AC et 1 AV.

¹⁰⁷¹ 2 AC.

¹⁰⁷² Une autorité contractante s'inscrit en désaccord. Elle estime que la faible mobilisation du dialogue compétitif devrait motiver sa suppression, d'autant que les acheteurs maîtrisent mal cet outil, entraînant des risques de contentieux ou d'irrégularité.

Deux procédures. De leur côté, 5 autorités contractantes et un opérateur économique privilégient une solution à deux procédures formalisées : l'une sans négociation, l'autre avec négociation. Par exemple, un établissement public administratif de l'État propose, au-dessus des seuils européens, soit l'appel d'offres ouvert, soit l'appel d'offres avec négociation¹⁰⁷³. Dans le même sens, une société nationale à capitaux publics fusionnerait la procédure avec négociation et le dialogue compétitif au sein d'une même procédure d'exception¹⁰⁷⁴.

Besoin de négociation. Finalement, les réponses des praticiens témoignent d'un besoin d'élargir le recours à la négociation au sein de la commande publique. Cette ouverture serait un vecteur de simplification significatif du droit de la commande publique¹⁰⁷⁵.

B. L'inefficacité d'une réduction du nombre de procédures

Opinions défavorables. Une minorité non négligeable des enquêtés, à savoir 173 sondés sur 426 (soit 40,61 %)¹⁰⁷⁶, dénient toute vertu simplificatrice à une mesure de réduction du nombre de procédures de passation des contrats de la commande publique. Il s'agit de la mesure de la sélection soumise aux participants la moins consensuelle pour atteindre l'objectif de simplification du droit de la commande publique. Les **raisons sont multiples** : la maîtrise des procédures actuelles, la souplesse de l'achat et la difficulté d'atteindre l'objectif de simplification du droit de la commande publique avec une telle mesure. Ces résultats sont confortés par la très faible proportion de sondés créant spontanément une corrélation entre la réduction du nombre de catégories de procédures de passation ou de contrats et la simplification du droit de la commande publique, dans le cadre de la question portant sur la définition de la simplification¹⁰⁷⁷.

Cadre maîtrisé. Tout d'abord, pour 2 avocats, 14 autorités contractantes et un opérateur économique, le cadre juridique actuel des différentes procédures (procédure adaptée, appel d'offres, procédure avec négociation et dialogue compétitif) est clair et maîtrisé par les acteurs de la commande publique. Le Code de la commande publique et les fiches techniques de la Direction des Affaires Juridiques du Ministère de l'Économie et des Finances participent à cette clarté, à lire l'une des autorités contractantes. Une autre abonde en ce sens : « *une fois*

¹⁰⁷³ En-deçà, la procédure adaptée s'appliquerait.

¹⁰⁷⁴ Selon elle, le dialogue compétitif emporte, actuellement, de nombreux risques juridiques.

¹⁰⁷⁵ Voir *infra* : §III.

¹⁰⁷⁶ 132 AC sur 339 (soit 38,94 %), 28 OE sur 54 (soit 51,85 %) et 13 AV sur 33 (soit 39,39 %).

¹⁰⁷⁷ Cf. *supra*, Partie 3, Section 1, §I., C., 5.

qu'il y a le vade-mecum d'une procédure, il suffit de la suivre »¹⁰⁷⁸. Elle explique également la maîtrise des outils procéduraux par la réalité du terrain : « les marchés sans publicité et les marchés à procédure adaptée représentent la majorité des contrats conclus par les organismes publics »¹⁰⁷⁹.

La maîtrise des procédures actuelles provient également du faible nombre de procédures de passation, selon 2 avocats, 6 autorités contractantes et un opérateur économique. Pour autant, réduire le prisme des procédures de passation pourrait, au contraire, alourdir la passation des marchés les plus simples et les plus courants, selon un avocat et un opérateur économique. Ce dernier, suivi par un avocat, estime que la complexité provient des exceptions et non du nombre de procédures mobilisables :

« Le nombre de procédures de passation est bien intégré et connu des acheteurs. Les grands opérateurs économiques en ont connaissance également. Les PME sont informées des règles applicables par le règlement de consultation et sont parfois accompagnées par les acheteurs. La réduction du nombre de procédures ne simplifierait pas la pratique, qui repose principalement sur des procédures adaptées, des appels d'offres ou des procédures avec négociation. C'est surtout, à mon sens, les exceptions aux principes des procédures qui complexifient, à l'image des règles distinctes selon le type de pouvoir adjudicateur ou d'entité adjudicatrice. »¹⁰⁸⁰

D'ailleurs, une réduction du nombre de procédures questionne 3 autorités contractantes et un opérateur économique. Serait-ce un alignement vers des procédures plus rigides ou une ouverture vers plus de souplesse ? Dans les deux cas, ces répondants partagent leur inquiétude de voir soit une perte de liberté dans la stratégie d'achat des autorités contractantes¹⁰⁸¹, soit un manque de clarté et de sécurité juridique préjudiciable à toutes les parties prenantes.

Souplesse. Ensuite, le nombre actuel de procédures de passation a le mérite, selon 28 autorités contractantes et 4 opérateurs économiques, d'accorder de la souplesse aux acheteurs dans leurs choix et stratégies contractuelles en s'adaptant aisément aux enjeux, aux besoins, aux prestations souhaitées, ainsi qu'à la taille et au degré de complexité du marché. En

¹⁰⁷⁸ 1 AC.

¹⁰⁷⁹ 4 OE suivent ce constat.

¹⁰⁸⁰ 1 OE.

¹⁰⁸¹ Une autorité contractante écrit, dans le cas où le choix serait d'imposer la négociation, que « la simplification ne serait que de façade puisqu'elle alourdirait, en réalité, la charge des autorités contractantes et des opérateurs économiques ».

diminuant le nombre de procédures, « *la commande publique perdrait en souplesse notamment vis-à-vis des demandes des services techniques, ceci renforcerait aussi l'image de rigidité et de technocratie de l'achat public* »¹⁰⁸², relève une commune. La multiplicité des procédures de passation « *participe à prendre en compte la diversité des rapports économiques* », rapporte un EPCI : « *Les procédures de la commande publique ne doivent être autre chose que l'incarnation des principes de la commande publique pour des rapports d'achats les plus divers* »¹⁰⁸³. Cette simplification risquerait de restreindre les marges de manœuvre des autorités contractantes¹⁰⁸⁴.

Fausse simplification. Enfin, la pertinence d'une telle mesure est interrogée par 4 avocats, 8 autorités contractantes et 4 opérateurs économiques puisque, selon eux, le nombre de procédures n'emporte aucune conséquence particulière sur la complexité ou la simplification du droit. Ce serait une « *solution de contournement* », avance 1 sondé, en ne cherchant pas à régler les problèmes de fond de la commande publique¹⁰⁸⁵. À suivre 3 autorités contractantes, la complexité proviendrait vraisemblablement d'une méconnaissance de l'utilisation des procédures et des cas d'exception, ainsi que d'un manque de professionnalisation des acheteurs. Ce constat est partagé par 1 opérateur économique :

« *La réduction du nombre de procédures ne serait pas nécessairement simplificatrice. Chaque procédure a été pensée pour répondre à des contextes, des montants ou des besoins spécifiques, permettant d'adapter le niveau de publicité, de concurrence et de formalisme. Une simplification excessive risquerait d'effacer ces nuances utiles, au détriment de la transparence et de l'égalité d'accès. Le véritable enjeu réside plutôt dans la montée en compétence des acheteurs sur l'existant, et dans une meilleure pédagogie autour des procédures actuelles. Clarifier sans uniformiser reste la voie la plus efficace.* »¹⁰⁸⁶

En outre, les habitudes prises par certains élus ou agents ne seraient probablement pas affectées par une réduction des procédures. En effet, comme le confie une collectivité, « *des élus refusent déjà de se soumettre aux procédures de passation en raison de l'habitude de*

¹⁰⁸² 1 AC.

¹⁰⁸³ 1 AC.

¹⁰⁸⁴ Cette conséquence est expressément mentionnée par 8 autorités contractantes et un opérateur économique.

¹⁰⁸⁵ Il craint, d'ailleurs, qu'une réduction du nombre de procédures de passation ne réduise fortement les stratégies d'achat public.

¹⁰⁸⁶ 1 OE.

travailler avec telle ou telle entreprise ou pour éviter de concurrencer des commerces locaux »¹⁰⁸⁷.

Sans opinion. Certains sondés (8 sur 426, soit 1,88 %¹⁰⁸⁸) ont indiqué ne pas avoir d'opinion spécifique sur ce sujet¹⁰⁸⁹.

Appart des résultats. En définitive, il ressort de l'ensemble de ces données que le nombre de procédures de passation n'affecte que faiblement l'apprehension que les praticiens ont de la simplification du droit de la commande publique. En l'état actuel, ceci n'emporte ni complexification ni simplification du droit.

§III. La suppression des conditions de recours à la procédure avec négociation pour les pouvoirs adjudicateurs

Données. Une écrasante majorité (14 sur 21) des interviewés se disaient favorables à la suppression des conditions de recours à la procédure avec négociation pour les pouvoirs adjudicateurs. Cette proposition a moins convaincu les répondants aux sondages : une petite majorité estime toutefois qu'une telle mesure serait simplificatrice (251 sur 393, soit **63,87 %**), à l'instar de quelques sondés incluant l'assouplissement du recours à la négociation au sein de leurs définitions de la simplification du droit de la commande publique¹⁰⁹⁰. Précisément, y sont favorables :

- **21 avocats sur 32 (soit 65,62 %) ;**
- **208 autorités contractantes sur 313 (soit 66,45 %) :** 28 communes (sur les 49 ayant répondu à la question, soit 57,14 %), 23 EPCI (sur 38, soit 60,53 %), 14 départements (sur 22, soit 63,64 %), 7 régions (sur 8, soit 87,50 %), 10 administrations centrales de l'État (sur 17, soit 58,82 %), 6 administrations territoriales de l'État (sur 12, soit 50 %), 3 autorités administratives indépendantes (sur 4, soit 75 %), 30 EP administratifs de l'État (sur 40, soit 75 %), 12 EP industriels et commerciaux de l'État (sur 15, soit 80 %), 3 EP administratifs locaux (sur 8, soit 37,50 %), 9 EP industriels et commerciaux locaux (sur 11, soit 81,82 %),

¹⁰⁸⁷ 1 AC.

¹⁰⁸⁸ 7 AC sur 339 (soit 2,06 % : 1 commune, 1 département, 1 administration territoriale de l'État, 2 EP administratifs de l'État, 1 SEM et 1 autre structure), et 1 OE sur 54 (soit 1,85 % : 1 entreprise de plus de 500 employés).

¹⁰⁸⁹ Certains d'entre eux ont indiqué ne pas avoir suffisamment d'expériences contentieuses pour se prononcer.

¹⁰⁹⁰ Cf. *supra*, Partie 3, Section 1, §I., 6.

- 10 SEM ou SPL (sur 19, soit 52,63 %), 5 sociétés nationales à capitaux publics (sur 6, soit 83,33 %), 2 personnes publiques *sui generis* (sur 3, soit 66,67 %) et 46 autres structures (sur 61, soit 75,41 %) ;
- **22 opérateurs économiques sur 48 (soit 45,83 %)** : 3 entreprises de moins de 10 employés (sur les 8 ayant répondu à la question, soit 37,50 % de cette catégorie), 5 entreprises ayant entre 11 et 50 employés (sur 7, soit 71,43 %), 5 entreprises ayant entre 51 et 500 employés (sur 11, soit 45,45 %), 7 entreprises ayant plus de 500 employés (sur 20, soit 35 %), un opérateur économique « autre » (sur un, soit 100 %)¹⁰⁹¹ et une association à but non lucratif (sur une, soit 100 %).

La figure ci-après précise la répartition des réponses en fonction de la qualité des répondants en pourcentages (**Figure 2.75**). La figure est suivie d'un tableau recensant la répartition des sondés reconnaissant le caractère simplificateur de la suppression des conditions de recours à la procédure avec négociation pour les pouvoirs adjudicateurs en fonction de la nature de la structure sondée (**Figure 2.76**).

Figure 2.75 : Opinion de la vertu simplificatrice de la suppression des conditions de recours à la procédure avec négociation pour les pouvoirs adjudicateurs

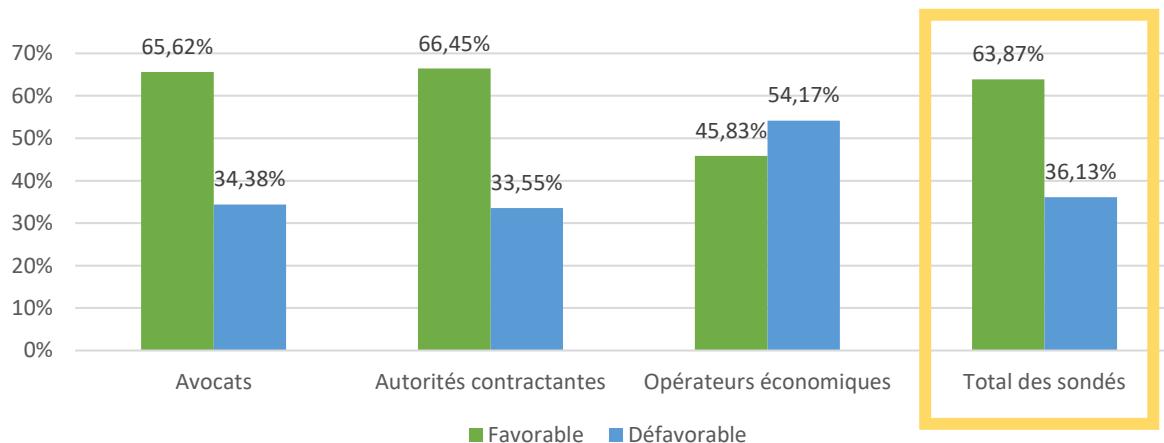


Figure 2.76 : Tableau présentant pour chaque catégorie la proportion d'opinions favorables auprès des sondés [Supprimer les conditions de recours à la procédure avec négociation]

Autorités contractantes			
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Commune	28	49	57,14
EPCI	23	38	60,53
Département	14	22	63,64
Région	7	8	87,50
Administration centrale de l'État	10	17	58,82
Administration territoriale de l'État	6	12	50
Autorité administrative indépendante	3	4	75

¹⁰⁹¹ Aucune précision de la nature de la structure n'a été mentionnée par le sondé.

EPA de l'État	30	40	75
EPIC de l'État	12	15	80
EPA local	3	8	37,5
EPIC local	9	11	81,82
SEM ou SPL	10	19	52,63
Société nationale à capitaux publics	5	6	83,33
Personnes publiques <i>sui generis</i>	2	3	66,67
Autre	46	61	75,41
Total	208	313	66,45
Opérateurs économiques			
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Moins de 10 employés	3	8	37,5
Moins de 50 employés	5	7	71,43
Moins de 500 employés	5	11	45,45
Plus de 500 employés	7	20	35
Association à but non lucratif	1	1	100
Autre	1	1	100
Total	22	48	45,83
Avocat			
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Avocat	21	32	65,62
Total	21	32	65,62

Analyse. Comme pour la mesure précédente, la suppression des conditions de recours à la procédure avec négociation pour les pouvoirs adjudicateurs recueille un plus grand pourcentage d'avis favorables des autorités contractantes et des avocats (respectivement 66,45 % et 65,62 %) que des opérateurs économiques (45,83 %). Cet écart ne semble pas pouvoir intégralement s'expliquer par le profil des opérateurs économiques au soutien de cette mesure. En effet, si les entreprises de moins de 10 employés sont parmi les opérateurs économiques plébiscitant le moins cette mesure, la catégorie d'opérateurs économiques ayant le pourcentage favorable le plus faible est celle des entreprises de plus de 500 employés. Le degré d'expertise moins élevé des TPE s'agissant de la négociation, faute d'expérience et de personnels dédiés suffisants, ne peut donc être l'unique facteur à l'origine du nombre moins élevé d'opérateurs économiques favorables à cette mesure.

D'autres raisons peuvent être avancées, sans aucune certitude néanmoins. Tout d'abord, il est vrai que la suppression des conditions de recours à la négociation supprimerait une contrainte pour les pouvoirs adjudicateurs davantage que pour les opérateurs économiques. Pour autant, l'assouplissement du recours à la négociation est également plébiscité par les opérateurs économiques, comme en atteste l'enquête qualitative.

Ensuite, il est possible que les opérateurs économiques soient plus sceptiques quant à l'effet simplificateur, en pratique, de la suppression des conditions de recours à la procédure avec négociation pour les pouvoirs adjudicateurs. Certains opérateurs économiques pourraient avoir le sentiment que la négociation est généralement limitée au prix, et qu'ainsi le recours

plus fréquent à la négociation ne permettrait pas de réels échanges ou avancées entre les candidats et les autorités contractantes.

Enfin, il est possible que l'**encadrement juridique de la négociation** soit jugé **insuffisant** et dès lors générateur de risques de violation, même si ce risque semble davantage peser sur les autorités contractantes que sur les opérateurs économiques. Il importe enfin de noter que les résultats de cette question du sondage confortent d'autres résultats de l'enquête quantitative, certaines autorités contractantes sondées liant spontanément l'assouplissement du recours à la négociation à la simplification du droit de la commande publique dans leurs définitions de la simplification.

§IV. La généralisation de la publicité adaptée pour l'ensemble des marchés publics entre 40 000 euros et les seuils européens

Données. Une majorité des répondants considère que la généralisation de la publicité adaptée pour l'ensemble des marchés publics entre 40 000 euros et les seuils européens serait simplificatrice (348 sur 458, soit 75,98 %). Précisément, y sont favorables :

- **25 avocats sur 35 (soit 71,43 %) ;**
- **289 autorités contractantes sur 368 (soit 78,53 %) :** 43 communes (sur les 65 ayant répondu à la question, soit 66,15 %), 40 EPCI (sur 49, soit 81,63 %), 18 départements (sur 26, soit 69,23 %), 8 régions (sur 8, soit 100 %), 13 administrations centrales de l'État (sur 19, soit 68,42 %), 8 administrations territoriales de l'État (sur 15, soit 53,33 %), 4 autorités administratives indépendantes (sur 4, soit 100 %), 43 EP administratifs de l'État (sur 48, soit 89,58 %), 12 EP industriels et commerciaux de l'État (sur 14, soit 85,71 %), 9 EP administratifs locaux (sur 11, soit 81,82 %), 10 EP industriels et commerciaux locaux (sur 12, soit 83,33 %), 14 SEM ou SPL (sur 19, soit 73,68 %), 7 sociétés nationales à capitaux publics (sur 8, soit 87,50 %), 1 personne publique *sui generis* (sur 3, soit 33,33 %) et 59 autres structures (sur 67, soit 88,60 %) ;
- **34 opérateurs économiques sur 55 (soit 61,82 %) :** 5 entreprises de moins de 10 employés (sur les 10 ayant répondu à la question, soit 50 % de cette catégorie), 6 entreprises ayant entre 11 et 50 employés (sur 8, soit 75 %), 8 entreprises ayant entre 51 et 500 employés (sur 13, soit 61,54 %), 13 entreprises ayant plus de

500 employés (sur 22, soit 59,09 %), un opérateur économique « *autre* » (sur un, soit 100 %)¹⁰⁹² et une association à but non lucratif (sur une, soit 100 %).

La figure ci-après précise la répartition des réponses en fonction de la qualité des répondants en pourcentages (**Figure 2.77**). La figure est suivie d'un tableau recensant la répartition des sondés reconnaissant le caractère simplificateur de la généralisation de la publicité adaptée pour l'ensemble des marchés publics entre 40 000 euros et les seuils européens en fonction de la nature de la structure sondée (**Figure 2.78**).

Figure 2.77 : Opinion de la vertu simplificatrice de la généralisation de la publicité adaptée pour l'ensemble des marchés publics entre 40 000 euros et les seuils européens

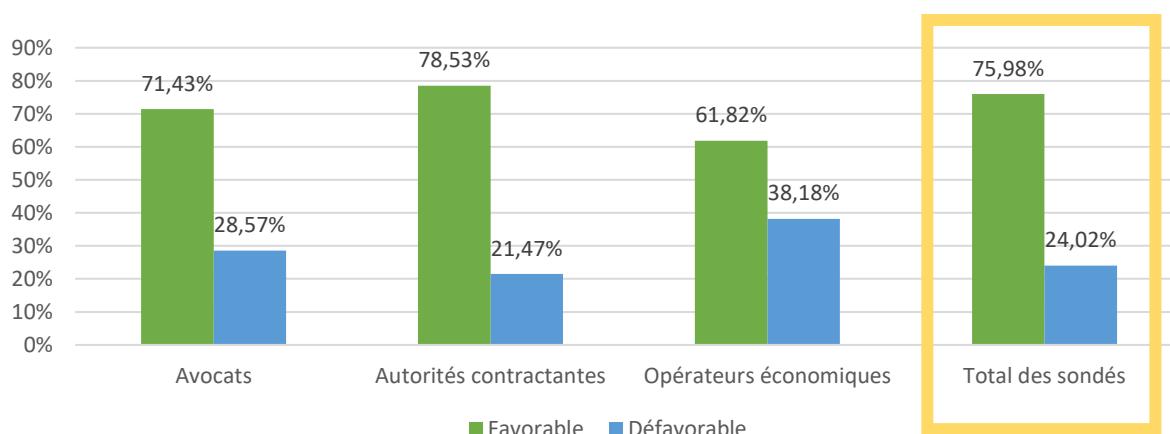


Figure 2.78 : Tableau présentant pour chaque catégorie la proportion d'opinions favorables auprès des sondés [Généralisation de la publicité]

Autorités contractantes			
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Commune	43	65	66,15
EPCI	40	49	81,63
Département	18	26	69,23
Région	8	8	100
Administration centrale de l'État	13	19	68,42
Administration territoriale de l'État	8	15	53,33
Autorité administrative indépendante	4	4	100
EPA de l'État	43	48	89,58
EPIC de l'État	12	14	85,71
EPA local	9	11	81,82
EPIC local	10	12	83,33
SEM ou SPL	14	19	73,68
Société nationale à capitaux publics	7	8	87,50
Personnes publiques <i>sui generis</i>	1	3	33,33
Autre	59	67	88,60
Total	289	368	78,53
Opérateurs économiques			
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Moins de 10 employés	5	10	50
Moins de 50 employés	6	8	75
Moins de 500 employés	8	13	61,54

¹⁰⁹² Aucune précision de la nature de la structure n'a été mentionnée par le sondé.

Plus de 500 employés	13	22	59,09
Association à but non lucratif	1	1	100
Autre	1	1	100
Total	34	55	61,82
Avocat			
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Avocat	25	35	71,43
Total	25	35	71,43

Analyse. Au regard de ces résultats, il apparaît que la généralisation de la publicité adaptée pour les marchés d'un montant se situant entre 40 000 euros et les seuils européens serait plus favorablement accueillie par les autorités contractantes (78,53 %), que par les avocats (71,43 %) et les opérateurs économiques (61,82 %). Ce constat est parfaitement logique puisque les autorités contractantes constituerait les premières bénéficiaires de l'allègement des mesures de publicité. À rebours, les opérateurs économiques pourraient, *de facto*, perdre des chances de participer à une procédure de passation en manquant l'information du lancement d'une procédure de passation.

En dehors de ce constat général, la diversité des résultats ne permet de formuler aucune hypothèse spécifique pour justifier les variations observées au sein de chaque catégorie de sondés. En effet, l'implantation locale ou nationale des autorités contractantes ne paraît pas constituer un critère d'analyse pertinent dans la mesure où les taux les plus faibles sont aussi bien le fait de personnes publiques *sui generis* (33,33 %), de communes (66,15 %), de départements (69,23 %), mais aussi d'administrations centrales de l'État (68,42 %), soit des autorités nationales. Dans le même sens, les taux les plus élevés émanent d'autorités administratives indépendantes (100 %), mais aussi d'établissements publics de coopération intercommunale (81,63 %), d'établissements publics locaux, qu'ils soient administratifs (81,82 %) ou industriels et commerciaux (83,33%). On peut, tout au plus, en déduire que la généralisation de la publicité adaptée pour les marchés publics compris entre 40 000 euros et les seuils européens suscite l'enthousiasme des établissements publics, quelle que soit leur nature.

La taille de l'entreprise aurait pu constituer un critère d'analyse pertinent si les résultats avaient suivi une progression linéaire, ce qui est le cas lorsque l'on compare les taux de réponses positives des entreprises de moins de 10 employés (50 %) et des entreprises comptant 11 à 50 salariés (75 %). Cependant, une rupture s'observe pour les entreprises employant 51 à 500 personnes (61,54 %) et la décroissance se poursuit avec les entreprises de plus de 500 employés (59,09 %).

§V. La clarification des exigences applicables aux marchés inférieurs à 40 000 euros

Données. En miroir de certains interviewés mettant en cause l'incertitude entourant les dispenses de publicité et de mise en concurrence préalables¹⁰⁹³, une majorité des répondants considère que la clarification des exigences applicables aux marchés inférieurs à 40 000 euros serait simplificatrice (306 sur 445, soit **68,76 %**). Précisément, y sont favorables :

- **20 avocats sur 31 (soit 64,52 %) ;**
- **256 autorités contractantes sur 364 (soit 70,33 %) :** 47 communes (sur les 63 ayant répondu à la question, soit 74,60 %), 34 EPCI (sur 48, soit 70,83 %), 22 départements (sur 27, soit 81,48 %), 6 régions (sur 8, soit 75 %), 13 administrations centrales de l'État (sur 18, soit 72,22 %), 12 administrations territoriales de l'État (sur 15, soit 80 %), 2 autorités administratives indépendantes (sur 3, soit 66,67 %), 34 EP administratifs de l'État (sur 44, soit 77,27 %), 7 EP industriels et commerciaux de l'État (sur 13, soit 53,85 %), 9 EP administratifs locaux (sur 11, soit 81,82 %), 11 EP industriels et commerciaux locaux (sur 13, soit 84,61 %), 11 SEM ou SPL (sur 19, soit 57,89 %), 2 sociétés nationales à capitaux publics (sur 7, soit 28,57 %) et 46 autres structures (sur 71, soit 64,79 %) ;
- **30 opérateurs économiques sur 50 (soit 60 %) :** 5 entreprises de moins de 10 employés (sur les 8 ayant répondu à la question, soit 62,50 % de cette catégorie), 4 entreprises ayant entre 11 et 50 employés (sur 6, soit 66,67 %), 6 entreprises ayant entre 51 et 500 employés (sur 11, soit 54,55 %) et 15 entreprises ayant plus de 500 employés (sur 23, soit 65,22 %).

La figure ci-après précise la répartition des réponses en fonction de la qualité des répondants en pourcentages (**Figure 2.79**). La figure est suivie d'un tableau recensant la répartition des sondés reconnaissant le caractère simplificateur de la clarification des exigences applicables aux marchés inférieurs à 40 000 euros en fonction de la nature de la structure sondée (**Figure 2.80**).

¹⁰⁹³ Cf. *supra*, Partie 2, Section 2, §II., A.

Figure 2.79 : Opinion de la vertu simplificatrice de la clarification des exigences applicables aux marchés inférieurs à 40 000 euros

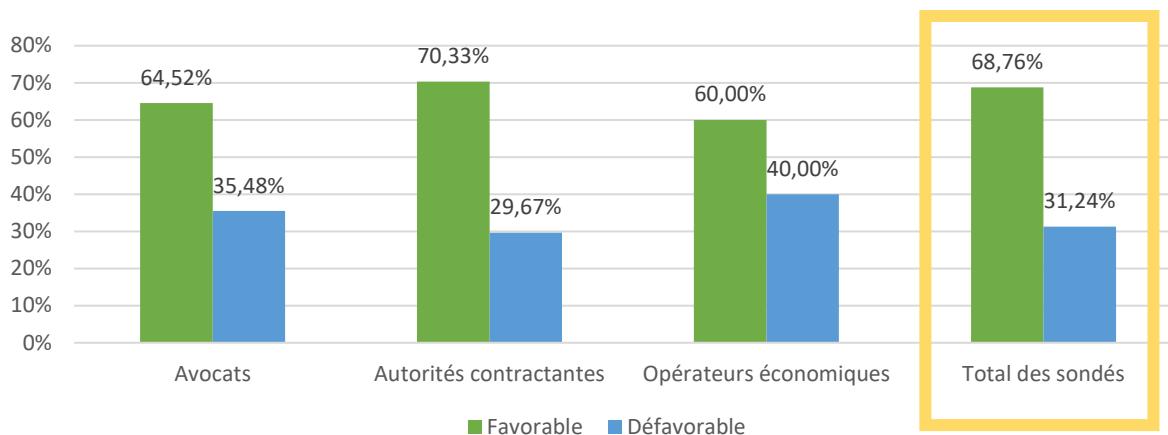


Figure 2.80 : Tableau présentant pour chaque catégorie la proportion d’opinions favorables auprès des sondés [Marchés inférieurs à 40 000 euros]

Autorités contractantes				
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)	
Commune	47	63	74,60	
EPCI	34	48	70,83	
Département	22	27	81,48	
Région	6	8	75	
Administration centrale de l’État	13	18	72,22	
Administration territoriale de l’État	12	15	80	
Autorité administrative indépendante	2	3	66,67	
EPA de l’État	34	44	77,27	
EPIC de l’État	7	13	53,85	
EPA local	9	11	81,82	
EPIC local	11	13	84,61	
SEM ou SPL	11	19	57,89	
Société nationale à capitaux publics	2	7	28,57	
Personnes publiques <i>sui generis</i>	0	4	0	
Autre	46	71	64,79	
Total	256	364	70,33	
Opérateurs économiques				
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)	
Moins de 10 employés	5	8	62,50	
Moins de 50 employés	4	6	66,67	
Moins de 500 employés	6	11	54,55	
Plus de 500 employés	15	23	65,22	
Association à but non lucratif	0	1	0	
Autre	0	1	0	
Total	30	50	60	
Avocat				
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)	
Avocat	20	31	64,52	
Total	20	31	64,52	

Analyse. Les données statistiques témoignent d’un taux d’adhésion à la proposition plus élevé auprès des structures administratives avec, par exemple, 81,82 % pour les EPA locaux, 81,48 % pour les départements, 80 % pour les administrations territoriales de l’État, 74,60 % pour les communes ou encore 70,83 % pour les EPCI. Au contraire, les autorités

contractantes à caractère industriel et commercial sont plus réservées (28,57 % pour les sociétés nationales à capitaux publics, 57,89 % pour les SEM ou SPL et 53,85 % pour les EPIC de l'État), à l'exception des EPIC locaux (84,61 %). L'explication de cette divergence peut se trouver dans l'hypothèse suivante : les structures à caractère industriel ou commercial, habituées aux logiques de gestion privée, apprécient la souplesse accordée par le seuil de 40 000 euros et craignent qu'une clarification conduise à restreindre leur liberté contractuelle.

Du côté des opérateurs économiques, les résultats peuvent s'expliquer par le fait qu'ils ne ressentent pas forcément de besoin de clarification en l'état actuel, ceux-ci n'ayant pas la maîtrise de la procédure de passation. Le faible taux de réponses écrites, pour préciser leur position initiale, ne permet pas, non plus, de comprendre les justifications d'une adhésion modérée à la proposition. Il en va de même pour les avocats.

Moyens. Les 306 sondés estimant la mesure simplificatrice ont été interrogés sur l'outil permettant cette clarification (loi, décret, jurisprudence, guide, etc.) et son contenu. Une partie d'entre eux (206 enquêtés sur 306) s'est prononcée sur ces modalités. Le taux de participation (67,32 %) témoigne de l'intérêt porté par les participants à la clarification des exigences applicables aux marchés dont le montant est inférieur à 40 000 euros. La réponse d'une commune illustre les difficultés des certains acheteurs sur ce point qui se retrouvent, en pratique, avec peu de marge de manœuvre concernant la conclusion de ces marchés :

« Nous sommes coincés entre une liberté apparente (avec la conclusion de marchés sans publicité ni mise en concurrence) et la nécessité de respecter les principes de la commande publique, de faire une bonne utilisation des deniers publics et de ne pas contracter systématiquement avec le même opérateur. Or, en réalité, ceci nous pousse fortement à mettre les opérateurs économiques en concurrence et à créer des règles internes pour sécuriser cette procédure. Finalement, ces règles internes se rapprochent de celles des MAPA. Puis, comme nous essayons de sécuriser nos MAPA, ces derniers ressemblent beaucoup à des appels d'offres dans lesquels le délai de publicité n'est pas contraint et durant lesquels il n'est pas possible de négocier. »¹⁰⁹⁴.

La clarification semble donc une nécessité pour redonner un sens à la liberté de choix des acheteurs lorsque le montant du besoin à satisfaire est inférieur à 40 000 euros. Cette liberté

¹⁰⁹⁴ 1 AC.

est appréhendée différemment selon les répondants. Si 4 répondants s'en tiennent à des considérations opérationnelles¹⁰⁹⁵ et 10 autres prônent de s'en tenir simplement à la liberté contractuelle à condition de contrôler la computation des seuils et le roulement des entreprises titulaires¹⁰⁹⁶, une forte majorité des sondés indique directement ou indirectement un besoin de réglementation, ou à tout le moins de dispositifs de droit souple. Précisément, 27 enquêtés¹⁰⁹⁷ ont expressément mentionné que la clarification devrait s'opérer par voie législative, réglementaire ou jurisprudentielle¹⁰⁹⁸, contre 23 favorables à des mesures de droit souple (par exemple : lignes directrices ou circulaires des ministères, modèles de lettre de consultation ou de DCE, modèles de contrats, des fiches techniques ou un guide de bonnes pratiques de la Direction des affaires juridiques du Ministère de l'Économie et des Finances)¹⁰⁹⁹.

Clarifier les modalités de la mise en concurrence. Comme le relève un avocat, les pouvoirs adjudicateurs ont besoin d'un cadre procédural clair et défini. Ceci renforcerait la sécurité juridique de leurs contrats « *en réduisant les risques, pour eux, de se voir reprocher des manquements* »¹¹⁰⁰.

La principale attente en la matière est de considérer définitivement que, quel que soit le processus mis en œuvre pour conclure un contrat dont la valeur est inférieure à 40 000 euros, la procédure ne saurait être qualifiée de procédure adaptée ou formalisée¹¹⁰¹. L'objectif de la mesure est donc de distinguer formellement la procédure sans publicité et mise en concurrence de la procédure adaptée.

¹⁰⁹⁵ Pour un avocat et une autorité contractante, il s'agit d'une simple cohérence à instaurer à travers de la formation et de la pédagogie des acheteurs. Pour une administration territoriale de l'État, ce sont les logiciels d'achat qui ne sont pas adaptés à ces contrats. Une autre autorité contractante évoque l'idée de « *plateformes gratuites permettant de faire des mises en concurrence simples et officialisées pour une meilleure traçabilité et toucher plus de candidats sans pour autant alourdir les formalités* ».

¹⁰⁹⁶ 8 AC et 2 OE. Certains d'entre eux recommandent, toutefois, une clarification quant à cette liberté pour les acheteurs. Une autorité contractante ajoute également de laisser le choix à chaque acheteur de définir ses propres règles internes pour la conclusion de marchés dont la valeur est inférieure à 40 000 euros.

¹⁰⁹⁷ 24 AC, 2 OE et 1 AV.

¹⁰⁹⁸ Une forte majorité d'entre eux souhaitent l'ajout d'articles dans le Code de la commande publique pour préciser les modalités applicables à ces marchés afin d'unifier les pratiques et les interprétations juridiques. Par ailleurs, la création d'un CCAG spécifique à ces contrats est demandée par 3 autorités contractantes, en laissant la possibilité pour les acheteurs d'y déroger dans le contrat ou le bon de commande. Pour l'une d'elles : « *[Ce CCAG serait] les conditions générales d'achat pour les petits marchés comprenant le minimum d'élément pour la bonne exécution. Il faudrait un document au formalisme et à la rédaction simples pour permettre aux TPE et PME de le comprendre. Surtout, ce serait un moyen d'éviter les conflits sur l'application des conditions générales d'utilisation au dos des devis des entreprises* ».

¹⁰⁹⁹ 19 AC et 4 OE.

¹¹⁰⁰ 1 AV.

¹¹⁰¹ 11 AC, 1 OE et 1 AV ont explicitement indiqué ce point dans leurs réponses.

La clarification devrait se concentrer, selon 3 avocats, 22 autorités contractantes et 2 opérateurs économiques, sur les conditions minimales de concurrence (notamment sur le nombre de consultations, les modalités de choix du titulaire, le roulement des titulaires¹¹⁰²) et de traçabilité des achats à respecter, voire des modalités de publicité facultatives recommandées. Un EPA de l'État alerte sur les risques de corruption et de favoritisme que pourrait emporter une absence d'encadrement des procédures sans publicité et mise en concurrence, d'où l'utilité de préciser de telles exigences minimales pour renforcer l'intégrité de la commande publique¹¹⁰³. Aussi, à suivre un avocat et 9 autorités contractantes, une procédure allégée pourrait être instituée¹¹⁰⁴ par le Code de la commande publique ou conseillée dans un guide de la Direction des affaires juridiques du Ministère de l'Économie et des Finances afin d'uniformiser les pratiques. Une administration centrale de l'État propose de retenir une procédure générale souple « *exigeant uniquement d'obtenir des offres, y compris par comparaison de catalogues ou de pages internet, permettant une comparaison objective pour déterminer l'offre économiquement la plus responsable* » pour des fournitures et prestations courantes¹¹⁰⁵. En cas de prestations spécifiques, l'attribution du contrat nécessiterait une évaluation des offres à partir d'une hiérarchisation de critères de pondération. En tout état de cause, la simplicité et la clarté opérationnelle doivent être recherchées afin de « *faciliter la communication par les juristes aux services prescripteurs des processus applicables* », insiste un organisme public hospitalier¹¹⁰⁶.

Par ailleurs, un devoir d'information par l'acheteur pourrait être mis en place pour garantir le jeu de la concurrence. Une entreprise explique sa proposition :

« Quand les entreprises sont sollicitées directement par les acheteurs, bien souvent, ils ne précisent pas si les opérateurs économiques sont mis en concurrence ou non et, non plus, le seuil maximum de procédure. Les acheteurs devraient avoir l'obligation de préciser la procédure qu'ils mettent en œuvre, s'ils font appel à plusieurs entreprises pour faire un devis, le seuil maximum de la consultation ainsi que le résultat de la consultation.

¹¹⁰² Quelques-uns d'entre eux demandent une clarification de l'expression présente à l'article R. 2122-8 du Code de la commande publique : « *à ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin* ».

¹¹⁰³ Une autre autorité contractante abonde également en ce sens.

¹¹⁰⁴ Ou à tout le moins un formalisme minimum pourrait être exigé.

¹¹⁰⁵ 1 AC.

¹¹⁰⁶ 1 AC.

Aujourd’hui, il arrive que nous n’ayons aucune idée de ce que deviennent nos devis. »¹¹⁰⁷

Pour un avocat, l’enjeu porte sur la clarification de la signification de l’expression « *sans publicité ni mise en concurrence* »¹¹⁰⁸. Un avocat considère que, dès lorsqu’un acheteur consulte plusieurs opérateurs économiques, la mise en concurrence est caractérisée. Partant, il renonce à la possibilité de passer le marché de gré à gré et doit appliquer les règles régissant les procédures adaptées. Sur ce point, la position d’une autorité contractante diverge. Elle s’étonne que les notions de sourçage et de mise en concurrence soient confondues en matière de marchés conclus sans publicité ni mise en concurrence. Le fait de consulter deux opérateurs économiques ou plus, dans le cadre d’un marché dont le montant est inférieur à 40 000 euros, s’inscrirait finalement dans une démarche de sourçage et non de mise en concurrence. Un établissement public de santé appuie cette analyse :

« Les demandes de devis dans le cadre d’un sourcing ne doivent pas être considérées comme un MAPA. Il s’agit juste de vérifier la bonne utilisation des deniers publics et le roulement des titulaires, lorsqu’il y a plusieurs opérateurs économiques possibles. Les personnes réalisant ce type d’achat ne sont pas forcément des acheteurs de métier et ne connaissent donc pas le secteur fournisseur. Ils passent par un annuaire pour demander au niveau local des devis. Mettre en œuvre une procédure adaptée avec mise en concurrence serait contreproductif, surtout pour des montants aussi faibles. »¹¹⁰⁹

Toutefois, cette dissociation est à relativiser, en particulier en cas de demande de devis puisque ce dernier ne se distingue aucunement d’une offre en raison de son contenu (proposition des prestations et du prix). C’est pourquoi un EPA de l’État restreint cette dissociation à la consultation des catalogues en ligne et aucunement aux besoins spécifiques qui nécessitent un chiffrage par devis. Sinon, comme le suggère une autre autorité contractante, le Code de la commande publique devrait préciser « *si la phase de sourçage peut donner lieu à une demande de chiffrage (remise de devis) auprès des entreprises* »¹¹¹⁰.

¹¹⁰⁷ 1 OE.

¹¹⁰⁸ 1 AV.

¹¹⁰⁹ 1 AC. La conciliation entre les exigences procédurales et leur coût financier (direct et indirect) est une préoccupation partagée par un département.

¹¹¹⁰ 1 AC.

Renforcer la transparence. De leur côté, les opérateurs économiques attendent un minimum de publicité et de mise en concurrence pour ces contrats en publiant des annonces de consultation simplifiée¹¹¹¹, voire en publiant également des avis d'attribution¹¹¹². Sur ce dernier point, une autorité contractante souhaiterait que le Code de la commande publique instaure une obligation de publication des résultats des marchés dont le montant est inférieur à 40 000 euros. Cet avis indiquerait l'identité du titulaire et des soumissionnaires évincés, accompagnée de leur numéro SIRET.

Autres exigences attendues. Enfin, d'autres attentes ont été évoquées par une minorité de sondés :

- La précision de la règle de computation des seuils, notamment au sein d'une même famille d'achat ou d'opération de travaux¹¹¹³ ;
- L'insertion de clauses minimales dans les contrats écrits (à partir de 25 000 euros)¹¹¹⁴ ;
- La clarification de la notion d'offre pertinente par rapport à celle d'offre économiquement la plus avantageuse¹¹¹⁵ ;
- Le rappel de la nécessité de vérifier les attestations fiscales et sociales, ainsi que les assurances¹¹¹⁶ ;
- La clarification de l'application ou non de l'obligation d'avoir au moins un critère environnemental à compter de 2026 pour ces achats de faible montant¹¹¹⁷.

Apport des résultats. L'ensemble de ces réponses éclaire l'apprehension de la simplification du droit de la commande publique par une majorité des praticiens sondés. Effectivement, au-delà de savoir si la clarification est nécessaire ou non et comment celle-ci devrait s'opérer, l'objectif de cette question posée au panel d'enquête est de dessiner les contours de la notion de simplification. Or, l'une des hypothèses de la présente recherche est celle de l'influence de l'encadrement juridique sur la simplification. Autrement dit, est-ce que produire de nouvelles normes ou des textes de droit souple participe à la simplification du droit de la commande publique ?

¹¹¹¹ 3 OE.

¹¹¹² 1 OE.

¹¹¹³ 3 AC.

¹¹¹⁴ 2 AC.

¹¹¹⁵ 1 AC.

¹¹¹⁶ 1 AC.

¹¹¹⁷ 1 AC.

Au regard des résultats, cette hypothèse semble se confirmer. Les répondants soulignent l'importance de la sécurité juridique qu'opère une clarification des exigences minimales relatives à la conclusion des contrats dont le montant, hors taxes, est inférieur à 40 000 euros. La reconnaissance d'une liberté totale n'est recherchée que par une très faible minorité d'enquêtés. La majorité attend une profonde clarification, allant jusqu'à l'instauration d'une procédure simplifiée pour ces achats. Cette exigence se comprend par les divergences d'interprétations qu'ont les juristes, les avocats et les juridictions de la notion de marché passé sans publicité ni mise en concurrence. La pratique des trois devis illustre les tensions entre la recherche de simplification du droit de la commande publique et le besoin de précisions juridiques, éventuellement apportées par des ajouts législatifs ou réglementaires¹¹¹⁸.

Focus sur la pratique des trois devis

Dans le cadre de leurs réponses écrites, 84 enquêtés¹¹¹⁹ ont spontanément mentionné le besoin de clarifier la pratique des trois devis pour la conclusion de marchés dont le montant est inférieur aux seuils de publicité et de mise en concurrence. Cette pratique consiste à demander la remise d'un devis à trois opérateurs économiques pour satisfaire un besoin identifié par l'acheteur afin de contracter avec le moins-disant. Or, la légalité d'une telle pratique questionne les praticiens au regard, principalement, de trois décisions juridictionnelles.

Tout d'abord, sous l'empire du Code des marchés publics de 2006, il a pu être considéré que « *les demandes de devis [...] adressées par la [commune] à quatre fournisseurs, indiquaient les caractéristiques de la tondeuse dont elle souhaitait faire l'acquisition sans leur faire connaître les critères, notamment de prix et de performance technique, sur lesquels elle se serait fondée pour retenir l'une des offres en concurrence* »¹¹²⁰. La procédure a été menée en méconnaissance des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement et de transparence des procédures. Seulement, cette décision se comprend en raison du fait que la procédure mobilisée relevait, en l'espèce, d'une procédure adaptée et aucunement d'une procédure sans publicité ni mise en concurrence.

¹¹¹⁸ L'encart ci-après expose le cas spécifique de la pratique des trois devis.

¹¹¹⁹ 76 AC, 5 OE et 3 AV.

¹¹²⁰ CAA Douai, 31 décembre 2012, *Commune de Hoymille*, n° 11DA00590.

Ensuite, sous le régime du Code de la commande publique, la demande de trois devis est revenue au centre des discussions et des inquiétudes à la suite d'un jugement du Tribunal administratif de Strasbourg. Dans l'affaire *Commune de Petit-Rederching*¹¹²¹, l'annulation d'un marché conclu après réception de trois devis, au titre d'une procédure sans publicité ni mise en concurrence, a été prononcée au motif que le contrat avait été conclu en méconnaissance des dispositions de l'article R. 2152-7 du Code de la commande publique relatif au critère unique du prix, le tribunal considérant que la procédure relevait d'une procédure adaptée. En réalité, cette solution se justifie au regard des faits de l'espèce puisque la commune avait établi, dans le cadre de la passation de ce contrat, des mesures de publicité et un règlement de consultation, alors même qu'elle inscrivait sa procédure sous le régime sans publicité ni mise en concurrence. Ceci témoignait, pour le tribunal, de la volonté pour la commune de se placer dans le cadre d'une procédure adaptée impliquant une mise en concurrence. Ce jugement a donc été mal interprété puisqu'il ne disait pas qu'une demande de trois devis équivalait à se placer dans le cadre d'une procédure adaptée.

À l'inverse, dans le cadre d'un marché conclu de gré à gré, lorsque l'acheteur sollicite uniquement des devis auprès de trois opérateurs économiques, sans procéder à des mesures de publicité, il n'entend pas se placer dans le cadre d'une procédure adaptée. Dès lors, pour la Cour administrative d'appel de Nantes, la pratique des trois devis est régulière¹¹²².

Face à ces fluctuations jurisprudentielles, une incertitude généralisée se constate auprès des répondants. Le sondage en ligne ayant été ouvert de juin à juillet 2025, l'ensemble des participants étaient dans l'attente de la position du Conseil d'État, expliquant leur volonté d'une clarification de la légalité (ou non) de cette pratique.

Si 3 autorités contractantes recommandent l'interdiction de cette pratique (une prohibition éventuellement inscrite dans le Code de la commande publique), 81 enquêtés la défendent¹¹²³ et souhaitent des clarifications sur les formalités à suivre pour sécuriser juridiquement le contrat. Principalement, les sondés attendent de savoir clairement si la pratique des trois devis

¹¹²¹ TA Strasbourg, 16 mai 2024, n° 2108389.

¹¹²² CAA Nantes, 7 février 2025, *Commune de Tilly-sur-Seulles*, n° 24NT00896.

¹¹²³ 2 avocats et 3 autorités contractantes proposent que la pratique des trois devis soit généralisée, voire imposée par le Code de la commande publique pour les marchés dont le montant est inférieur aux seuils de publicité et de mise en concurrence.

relève d'une procédure adaptée ou d'une procédure sans publicité ni mise en concurrence¹¹²⁴. Pour 3 autorités contractantes et 2 opérateurs économiques, les demandes de devis se distinguent des procédures de gré à gré en raison de la mise en concurrence qu'elles emportent. Dès lors, il faudrait préciser si les critères d'attribution doivent être systématiquement indiqués par l'acheteur dans ses demandes et si des pièces spécifiques sont à fournir.

En outre, selon 2 autorités contractantes, l'interdiction de contracter systématiquement avec le même opérateur doit être précisée. En l'état actuel du droit, des doutes persistent quant au roulement des titulaires vis-à-vis de la bonne gestion des deniers publics. L'une des autorités contractantes explique que « *si l'opérateur reste le mieux-disant, il devrait pouvoir être sollicité à chaque fois* »¹¹²⁵.

Enfin, parmi les 81 répondants favorables à la pratique des trois devis, 23 considèrent qu'elle s'inscrit pleinement dans une procédure de gré à gré¹¹²⁶. Pour un avocat, il est indispensable de « *confirmer qu'une comparaison de devis est possible pour ne pas pénaliser les acheteurs qui veulent réaliser un achat efficient d'un point de vue économique, sans faire peser un risque de requalification en MAPA* »¹¹²⁷. Un EPCI abonde en ce sens :

« *Il faut encourager simplement cette pratique pour la bonne gestion des deniers publics. La possibilité de choisir directement le prestataire de son choix doit être conservée pour ces petits marchés publics qui permettent, également, de soutenir l'économie locale en attribuant ces derniers à des TPE ou PME.* »¹¹²⁸

De même, un EPIC local souligne les conséquences d'assimiler la pratique des trois devis à une mise en concurrence. Les acheteurs seraient alors soumis à des « *obligations lourdes* »

¹¹²⁴ 20 AC et 2 OE.

¹¹²⁵ 1 AC.

¹¹²⁶ 22 AC et 1 AV. Certains préconisent d'inscrire dans le Code de la commande publique que la demande de trois devis auprès d'opérateurs économiques ne constitue pas une mise en concurrence et ne peut donc être assimilée à une procédure adaptée.

¹¹²⁷ 1 AV.

¹¹²⁸ 1 AC.

pour des procédures avec de faibles montants, « *alors que dans un souci d'efficacité économique, il est parfois bon d'avoir au moins deux prix pour comparer* »¹¹²⁹.

Il demeure que, dans le cas d'un contrat de gré à gré, il conviendrait, selon une autorité contractante, de préciser le droit des opérateurs économiques sollicités à obtenir l'information du rejet de leur offre, la motivation ainsi que la possibilité de pouvoir déposer un référé précontractuel ou contractuel. Ce formalisme éventuel n'est pas accueilli par une entité adjudicatrice défendant la souplesse des marchés de petits montants. Une autre autorité contractante rejette, d'ailleurs, explicitement tout droit à information des candidats non retenus et tout recours devant un tribunal.

En tout état de cause, pour 4 autorités contractantes, la conclusion de gré à gré d'un marché doit être possible sur demande d'un seul devis.

§VI. La réinstauration du marché public simplifié

Données. Une majorité des répondants considère que la réinstauration du marché public simplifié serait pertinente (254 sur 369, soit 68,83 %). L'idée serait de permettre une réponse à un marché public via une plateforme dématérialisée avec un numéro SIRET afin d'obtenir automatiquement certaines informations sur l'opérateur économique qui ne serait, dès lors, plus tenu de les communiquer à chaque réponse à un marché. Précisément, sont favorables à cette mesure :

- **19 avocats sur 27 (soit 70,37 %) ;**
- **204 autorités contractantes sur 301 (soit 67,77 %) :** 36 communes (sur les 52 ayant répondu à la question, soit 69,23 %), 22 EPCI (sur 34, soit 64,71 %), 20 départements (sur 22, soit 90,91 %), 5 régions (sur 6, soit 83,33 %), 10 administrations centrales de l'État (sur 14, soit 71,43 %), 8 administrations territoriales de l'État (sur 12, soit 66,67 %), 2 autorités administratives indépendantes (sur 3, soit 66,67 %), 26 EP administratifs de l'État (sur 40, soit 65 %), 11 EP industriels et commerciaux de l'État (sur 15, soit 73,33 %), 5 EP

¹¹²⁹ 1 AC.

- administratifs locaux (sur 9, soit 55,56 %), 6 EP industriels et commerciaux locaux (sur 10, soit 60 %), 14 SEM ou SPL (sur 16, soit 87,50 %), 5 sociétés nationales à capitaux publics (sur 8, soit 62,50 %), une personne publique *sui generis* (sur 2, soit 50 %) et 33 autres structures (sur 58, soit 56,90 %) ;
- **31 opérateurs économiques sur 41 (soit 75,61 %)** : 7 entreprises de moins de 10 employés (sur les 10 ayant répondu à la question, soit 70 % de cette catégorie), 3 entreprises ayant entre 11 et 50 employés (sur 5, soit 60 %), 7 entreprises ayant entre 51 et 500 employés (sur 9, soit 77,78 %), 13 entreprises ayant plus de 500 employés (sur 16, soit 81,25 %) et un opérateur économique « autre » (sur un, soit 100 %)¹¹³⁰.

La figure ci-après précise la répartition des réponses en fonction de la qualité des répondants en pourcentages (**Figure 2.81**). La figure est suivie d'un tableau recensant la répartition des sondés reconnaissant le caractère simplificateur de la réinstauration du marché public simplifié en fonction de la nature de la structure sondée (**Figure 2.82**).

Figure 2.81 : Opinion de la vertu simplificatrice de la réinstauration du marché public simplifié

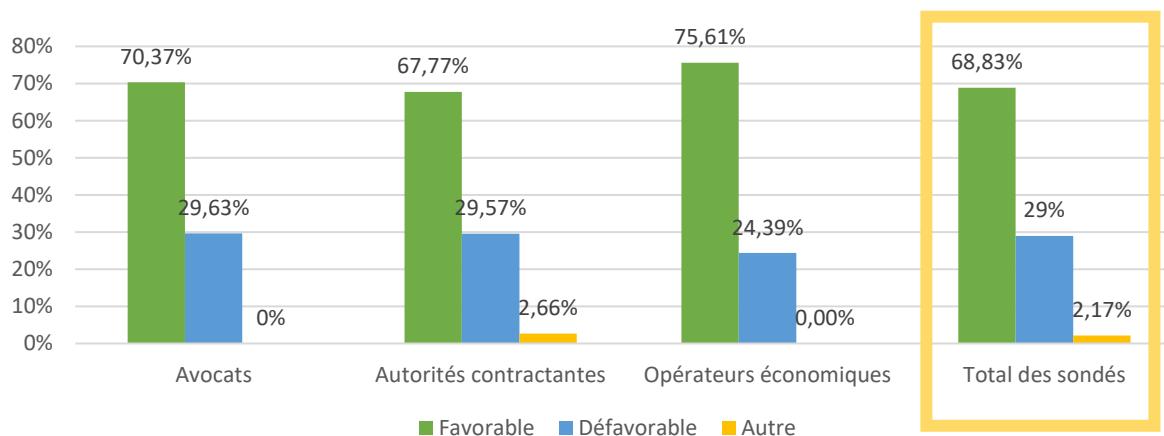


Figure 2.82 : Tableau présentant pour chaque catégorie la proportion d'opinions favorables auprès des sondés [Marché public simplifié]

Autorités contractantes		Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Nature				
Commune		36	52	69,23
EPCI		22	34	64,71
Département		20	22	90,91
Région		5	6	83,33
Administration centrale de l'État		10	14	71,43
Administration territoriale de l'État		8	12	66,67
Autorité administrative indépendante		2	3	66,67
EPA de l'État		26	40	65
EPIC de l'État		11	15	73,33

¹¹³⁰ Aucune précision de la nature de la structure n'a été mentionnée par le sondé.

EPA local	5	9	55,56
EPIC local	6	10	60
SEM ou SPL	14	16	87,50
Société nationale à capitaux publics	5	8	62,50
Personnes publiques <i>sui generis</i>	1	2	50
Autre	33	58	56,90
Total	204	301	67,77
Opérateurs économiques			
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Moins de 10 employés	7	10	70
Moins de 50 employés	3	5	60
Moins de 500 employés	7	9	77,78
Plus de 500 employés	13	16	81,25
Association à but non lucratif	0	0	0
Autre	1	1	100
Total	31	41	75,61
Avocat			
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Avocat	19	27	70,37
Total	19	27	70,37

Analyse. La restauration du dispositif du marché public simplifié emporte la conviction de l'ensemble des catégories de sondés, à commencer par les opérateurs économiques (75,61 %) puis les avocats (70,37 %) et les autorités contractantes (67,77 %). Une hypothèse peut être formulée pour expliquer ces résultats : les opérateurs économiques seront les premiers bénéficiaires de l'allègement des formalités administratives consécutif à l'adoption d'une telle mesure. Il est, en revanche, plus surprenant de constater l'enthousiasme mesuré des autorités contractantes, qui se plaignent pourtant massivement du caractère coûteux et chronophage de l'analyse des dossiers de candidature.

Dans le détail, aucune hypothèse spécifique ne peut être formulée pour expliquer les variations conséquentes – entre 50 % pour les personnes publiques *sui generis* et 90, 91% pour les départements – au sein de la catégorie des autorités contractantes. En revanche, on observe que le taux d'opérateurs économiques favorables à la restauration du marché public simplifié croît proportionnellement avec le nombre d'employés, avec toutefois une rupture pour les entreprises de moins de 50 salariés. Aussi, cette mesure paraît plus favorable aux grandes entreprises qu'aux TPE/PME, probablement pour des raisons tenant à la technicité de cet outil.

§VII. La centralisation des documents et attestations nécessaires aux candidatures

Données. La centralisation des documents et attestations nécessaires aux candidatures est perçue presque unanimement par les répondants comme étant une mesure simplificatrice (424 sur 465, soit 91,18 %). Précisément, ce dispositif est considéré comme simplificateur par :

- **30 avocats sur 34 (soit 88,24 %) ;**
- **343 autorités contractantes sur 373 (soit 91,96 %) :** 53 communes (sur les 65 ayant répondu à la question, soit 81,54 %), 49 EPCI (sur 51, soit 96,08 %), 27 départements (sur 27, soit 100 %), 8 régions (sur 8, soit 100 %), 16 administrations centrales de l'État (sur 17, soit 94,12 %), 10 administrations territoriales de l'État (sur 15, soit 66,67 %), 4 autorités administratives indépendantes (sur 4, soit 100 %), 46 EP administratifs de l'État (sur 47, soit 97,87 %), 14 EP industriels et commerciaux de l'État (sur 15, soit 93,33 %), 8 EP administratifs locaux (sur 10, soit 80 %), 12 EP industriels et commerciaux locaux (sur 13, soit 92,31 %), 17 SEM ou SPL (sur 18, soit 94,44 %), 8 sociétés nationales à capitaux publics (sur 8, soit 100 %), 4 personnes publiques *sui generis* (sur 4, soit 100 %) et 67 autres structures (sur 71, soit 94,37 %) ;
- **51 opérateurs économiques sur 58 (soit 87,93 %) :** 9 entreprises de moins de 10 employés (sur les 10 ayant répondu à la question, soit 90 % de cette catégorie), 7 entreprises ayant entre 11 et 50 employés (sur 9, soit 77,78 %), 11 entreprises ayant entre 51 et 500 employés (sur 11, soit 100 %), 22 entreprises ayant plus de 500 employés (sur 26, soit 84,61 %), un opérateur économique « *autre* » (sur un, soit 100 %)¹¹³¹ et une association à but non lucratif (sur une, soit 100 %).

Analyse. Cette mesure de centralisation des documents figure **en tête du classement** des dispositifs de simplification du droit de la commande publique pour l'ensemble des enquêtés, et plus particulièrement pour les panels « *autorités contractantes* » et « *opérateurs économiques* ». Ces données confortent les critiques portées par les participants lors des entretiens semi-directifs et le sondage en ligne à l'encontre de la complexité administrative qui irrigue la commande publique, tant du côté des acheteurs et des autorités concédantes, que des opérateurs économiques.

La figure ci-après précise la répartition des réponses en fonction de la qualité des répondants en valeur absolue et en pourcentages (**Figure 2.83**). La figure est suivie d'un tableau recensant la répartition des sondés reconnaissant le caractère simplificateur de la centralisation des documents et attestations nécessaires aux candidatures en fonction de la nature de la structure sondée (**Figure 2.84**).

¹¹³¹ Aucune précision de la nature de la structure n'a été mentionnée par le sondé.

Figure 2.83 : Opinion de la vertu simplificatrice de la centralisation des documents et attestations

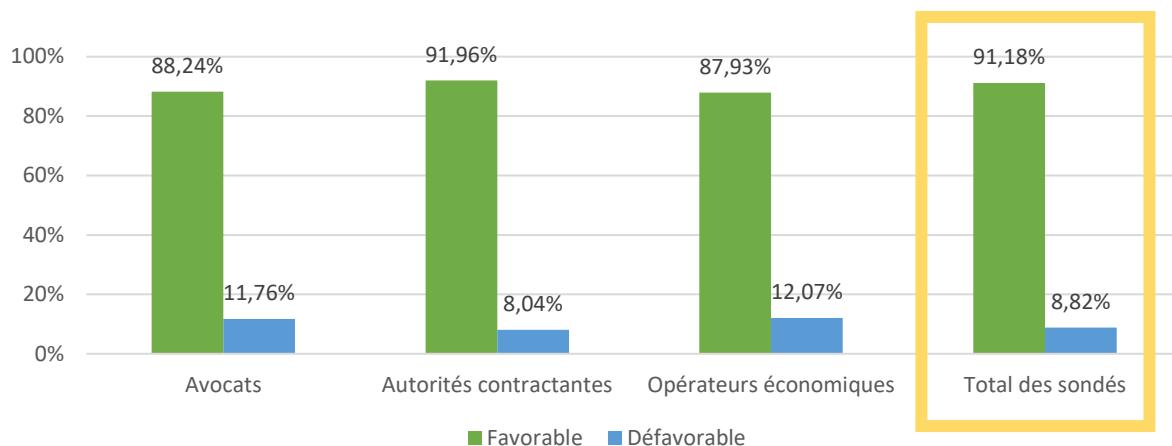


Figure 2.84 : Tableau présentant pour chaque catégorie la proportion d’opinions favorables auprès des sondés [Centralisation des documents et attestations]

Autorités contractantes				
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)	
Commune	53	65	81,54	
EPCI	49	51	96,08	
Département	27	27	100	
Région	8	8	100	
Administration centrale de l’État	16	17	94,12	
Administration territoriale de l’État	10	15	66,67	
Autorité administrative indépendante	4	4	100	
EPA de l’État	46	47	97,87	
EPIC de l’État	14	15	93,33	
EPA local	8	10	80	
EPIC local	12	13	92,31	
SEM ou SPL	17	18	94,44	
Société nationale à capitaux publics	8	8	100	
Personnes publiques <i>sui generis</i>	4	4	100	
Autre	67	71	94,37	
Total	343	373	91,96	
Opérateurs économiques				
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)	
Moins de 10 employés	9	10	90	
Moins de 50 employés	7	9	77,78	
Moins de 500 employés	11	11	100	
Plus de 500 employés	22	26	84,61	
Association à but non lucratif	1	1	100	
Autre	1	1	100	
Total	51	58	87,93	
Avocat				
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)	
Avocat	30	34	88,24	
Total	30	34	88,24	

Plateforme numérique. Parmi les 465 répondants, 423 ont précisé s’ils préféraient qu’un tel dispositif s’opère à travers une plateforme numérique ou non. L’option numérique pour centraliser les documents et les attestations emporte l’approbation de 361 sondés

(soit 85,34 %)¹¹³², contre 32 avis négatifs (soit 7,57 %)¹¹³³ et 30 participants ne témoignant d'aucune opinion particulière (soit 7,09 %)¹¹³⁴.

Les graphiques ci-après présentent la répartition des résultats en valeur absolue et en pourcentages au regard de la qualité du répondant (**Figure 2.85**).

Figure 2.85 : Préférence pour une centralisation numérique des documents et attestations



Appart des résultats. Sans surprise, les données témoignent des influences directes entre les démarches administratives et la simplification du droit de la commande publique.

§VIII. La réduction du nombre de normes

Données. Par contraste avec les réponses majoritairement négatives des sondés à la question de savoir si l'abrogation de règles relève de la simplification du droit de la commande

¹¹³² 296 AC, 39 OE et 26 AV.

¹¹³³ 24 AC, 5 OE et 3 AV.

¹¹³⁴ 23 AC, 7 OE et 1 AV.

publique¹¹³⁵, une majorité des répondants considère que la réduction du nombre de normes dans la commande publique serait simplificatrice (278 sur 341, soit 81,52 %). Précisément, ont répondu en ce sens :

- **23 avocats sur 29 (soit 79,31 %) ;**
- **222 autorités contractantes sur 267 (soit 83,15 %) :** 40 communes (sur les 45 ayant répondu à la question, soit 88,89 %), 34 EPCI (sur 42, soit 80,95 %), 18 départements (sur 20, soit 90 %), 6 régions (sur 6, soit 100 %), 11 administrations centrales de l'État (sur 16, soit 68,75 %), 5 administrations territoriales de l'État (sur 8, soit 62,50 %), une autorité administrative indépendante (sur une, soit 100 %), 24 EP administratifs de l'État (sur 32, soit 75 %), 10 EP industriels et commerciaux de l'État (sur 12, soit 83,33 %), 8 EP administratifs locaux (sur 8, soit 100 %), 9 EP industriels et commerciaux locaux (sur 11, soit 81,82 %), 12 SEM ou SPL (sur 13, soit 92,31 %), 4 sociétés nationales à capitaux publics (sur 4, soit 100 %), 3 personnes publiques *sui generis* (sur 3, soit 100 %) et 37 autres structures (sur 46, soit 80,43 %) ;
- **33 opérateurs économiques sur 45 (soit 73,33 %) :** 3 entreprises de moins de 10 employés (sur les 8 ayant répondu à la question, soit 37,50 % de cette catégorie), 6 entreprises ayant entre 11 et 50 employés (sur 7, soit 85,71 %), 6 entreprises ayant entre 51 et 500 employés (sur 9, soit 66,67 %), 16 entreprises ayant plus de 500 employés (sur 19, soit 84,21 %), un opérateur économique « *autre* » (sur un, soit 100 %)¹¹³⁶ et une association à but non lucratif (sur une, soit 100 %).

À l'inverse, 63 participants sur 341 (soit 18,48 %) rejettent toute qualité simplificatrice à la mesure proposée, à savoir :

- **6 avocats sur 29 (soit 20,69 %) ;**
- **45 autorités contractantes sur 267 (soit 16,85 %) :** 5 communes (sur les 45 ayant répondu à la question, soit 11,11 %), 8 EPCI (sur 42, soit 19,05 %), 2 départements (sur 20, soit 10 %), 5 administrations centrales de l'État (sur 16, soit 31,25 %), 3 administrations territoriales de l'État (sur 8, soit 37,50 %), 8 EP administratifs de l'État (sur 32, soit 25 %), 2 EP industriels et commerciaux de l'État (sur 12,

¹¹³⁵ Cf. *supra*, Partie 3, Section 1, §I., B., 6.

¹¹³⁶ Aucune précision de la nature de la structure n'a été mentionnée par le sondé.

soit 16,67 %), 2 EP industriels et commerciaux locaux (sur 11, soit 18,18 %), une SEM ou SPL (sur 13, soit 7,69 %) et 9 autres structures (sur 46, soit 19,57 %) ;

- **12 opérateurs économiques sur 45 (soit 26,67 %)** : 5 entreprises de moins de 10 employés (sur les 8 ayant répondu à la question, soit 62,50 % de cette catégorie), une entreprise ayant entre 11 et 50 employés (sur 7, soit 14,29 %), 3 entreprises ayant entre 51 et 500 employés (sur 9, soit 33,33 %), et 3 entreprises ayant plus de 500 employés (sur 19, soit 15,79 %).

La figure ci-après précise la répartition des réponses en fonction de la qualité des répondants en pourcentages (**Figure 2.86**). La figure est suivie d'un tableau recensant la répartition des sondés reconnaissant le caractère simplificateur de la réduction du nombre des normes en fonction de la nature de la structure sondée (**Figure 2.87**).

Figure 2.86 : Opinion de la vertu simplificatrice de la réduction du nombre de normes

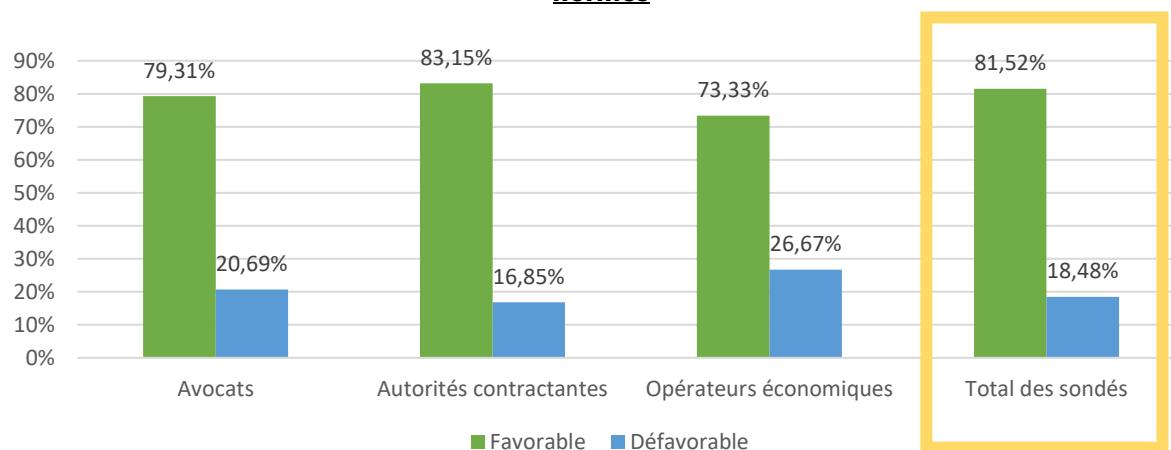


Figure 2.87 : Tableau présentant pour chaque catégorie la proportion d'opinions favorables auprès des sondés [Réduction du nombre de normes]

Autorités contractantes		Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Nature				
Commune		40	45	88,89
EPCI		34	42	80,95
Département		18	20	90
Région		6	6	100
Administration centrale de l'État		11	16	68,75
Administration territoriale de l'État		5	8	62,50
Autorité administrative indépendante		1	1	100
EPA de l'État		24	32	75
EPIC de l'État		10	12	83,33
EPA local		8	8	100
EPIC local		9	11	81,82
SEM ou SPL		12	13	92,31
Société nationale à capitaux publics		4	4	100
Personnes publiques <i>sui generis</i>		3	3	100
Autre		37	46	80,43
Total		222	267	83,15
Opérateurs économiques				

Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Moins de 10 employés	3	8	37,5
Moins de 50 employés	6	7	85,71
Moins de 500 employés	6	9	66,67
Plus de 500 employés	16	19	84,21
Association à but non lucratif	1	1	100
Autre	1	1	100
Total	33	45	73,33
Avocat			
Nature	Nb. de réponses	Nb. total de sondés	Valeur (en %)
Avocat	23	29	79,31
Total	23	29	79,31

Analyse. Il apparaît que la réduction du nombre de normes serait plus favorablement accueillie par les autorités contractantes (83,15 % d'entre elles) que par les avocats (79,31 %) et les opérateurs économiques (73,33 %). Le delta entre la valeur la plus haute et la valeur la plus basse est de 10 points.

Une seule hypothèse peut être émise pour expliquer cette variation : les autorités contractantes sont les premiers maillons de la chaîne d'application des normes du droit de la commande publique, parce qu'elles lancent la procédure de passation et sont garantes de sa conformité. On peut en déduire qu'une réduction du nombre de normes aurait la vertu d'alléger les contraintes qui pèsent, *ab initio*, sur ces dernières. Cette hypothèse est renforcée par l'objet des normes visées dans leurs commentaires par les sondés : ces dernières concernent majoritairement la passation (12 normes au total pour 27 sondés), les seuils (2 normes au total pour 2 sondés) et les objectifs stratégiques (3 normes au total pour 30 sondés), loin devant les normes relatives à l'exécution (4 normes au total pour 8 sondés). On relèvera enfin que 23 autorités contractantes visent les normes de passation contre 2 opérateurs économiques et un avocat ; elles sont respectivement 30 et 2 à viser les objectifs stratégiques ainsi que les seuils contre 0 opérateur économique et avocat.

Suggestions des sondés. Sur les 278 sondés ayant répondu positivement à la question, 68 ont souhaité apporter quelques précisions sur les normes qui, selon eux, devraient être abrogées¹¹³⁷. Sont principalement mentionnées les normes suivantes :

- **Sur l'encadrement général :** toutes les règles nationales afin de privilégier les directives européennes (4 autorités contractantes), les normes surtransposant les directives européennes (un avocat et 2 autorités contractantes), les règles inutiles au respect des grands principes de la commande publique ou aux enjeux assignés à la

¹¹³⁷ Précisément, 59 AC (sur 222), 2 OE (sur 33) et 7 AV (sur 23).

- commande publique (un avocat et 2 autorités contractantes), les normes qui ne sont pas intégrées au Code de la commande publique et sans lien avec l'objet d'un marché ou d'une concession (un avocat et 4 autorités contractantes), la distinction entre pouvoir adjudicateur et entité adjudicatrice (un avocat), la distinction entre concession de service et délégation de service public (une autorité contractante), la loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique (une autorité contractante¹¹³⁸), les normes sectorielles (une autorité contractante), les règles sur les achats innovants (une autorité contractante) ;
- **Sur la passation :** l'interdiction de la négociation (un avocat et 5 autorités contractantes), la réserve aux artisans dans les marchés globaux (une autorité contractante¹¹³⁹), l'exigence de vérifier la capacité des candidats (8 autorités contractantes¹¹⁴⁰ et un opérateur économique) et le nombre de justificatifs à présenter par les opérateurs économiques (2 opérateurs économiques), l'obligation de publier un avis d'intention préalable pour les marchés sans mise en concurrence (une autorité contractante), l'obligation d'allotissement (une autorité contractante), l'obligation de transmission des marchés à la préfecture pour le contrôle de légalité (une autorité contractante¹¹⁴¹), l'obligation de recourir à une plateforme de dématérialisation au-delà de 25 000 euros (une autorité contractante), l'obligation de pondération des critères d'attribution (une autorité contractante), l'obligation d'utiliser les nouveaux formulaires européens (3 autorités contractantes), le délai *stand still* et le référé précontractuel (une autorité contractante) ;
 - **Sur l'exécution :** notamment certaines dispositions concernant le régime de modification (un avocat et 3 autorités contractantes¹¹⁴²), les règles propres à l'exécution administrative et financière qui alourdissent la gestion contractuelle

¹¹³⁸ Elle estime que cette loi « *favorise les grandes entreprises au détriment de la sécurité et santé des citoyens* », sans plus de précisions.

¹¹³⁹ Elle explique que cette réserve est systématiquement neutralisée.

¹¹⁴⁰ L'une d'elles ajoute : « *Il revient à l'État d'édifier une plateforme en ce sens où les acheteurs vérifieraient, simplement en inscrivant le numéro SIRET, si les soumissionnaires ont une candidature valide* ». Allant dans le même sens, une autre autorité contractante relève que ces normes aboutissent « *aboutissent à la simple production d'une attestation sur l'honneur de la part des entreprises* », réduisant leur intérêt et leur efficacité.

¹¹⁴¹ Une autorité contractante constate que ceci est « *purement formel et rarement utilisé, redondant avec les contrôles de légalité internes et ceux de la chambre régionale des comptes, et alourdit des procédures pour les petites communes* ».

¹¹⁴² L'un des sondés mentionne explicitement la limitation à 50 % des modifications en cours d'exécution alors qu'il est « *impossible d'anticiper des projets coûteux qui ont besoin d'amender le prix malgré l'inflation forte (comme nous avons pu le voir avec le conflit armé en Ukraine)* ». Un autre promeut la suppression des avis de modification pour certaines modifications de marchés publics.

- (une autorité contractante¹¹⁴³), l'autoliquidation de la TVA pour les sous-traitants des marchés de travaux (2 autorités contractantes), la demande de transmission d'une attestation d'assurance tous les six mois (une autorité contractante) ;
- **Sur les seuils :** le seuil de publication pour les marchés dont le montant est supérieur à 90 000 euros et inférieur aux seuils européens (une autorité contractante), le seuil d'obligation d'un contrat écrit à 25 000 euros pour l'aligner sur celui de la mise en concurrence à 40 000 ou 100 000 euros selon le marché (une autorité contractante) ;
 - **Sur les objectifs sociaux et environnementaux assignés à la commande publique :** les exigences environnementales (23 autorités contractantes¹¹⁴⁴), en particulier celles découlant de la Loi Climat et résilience¹¹⁴⁵, ainsi que les règles relatives à l'insertion sociale (6 autorités contractantes¹¹⁴⁶) ou aux marchés réservés à des entreprises de l'économie sociale et solidaire (une autorité contractante) ;
 - **Sur le recensement :** la publication des données essentielles (4 autorités contractantes) et la déclaration des achats reconditionnés (une autorité contractante).

Accentuer sur la lisibilité et sur la clarification des normes. Par ailleurs, 2 avocats, 2 autorités contractantes et 3 opérateurs économiques relativisent la portée d'une réduction du nombre de normes. Pour le premier avocat et les 2 autorités contractantes, l'accent devrait être mis sur l'accessibilité et la lisibilité des règles. L'avocat recommande la mise en place des renvois clairs dans les décrets et arrêtés, ainsi que la création d'une plateforme centralisée regroupant tous les textes applicables, notamment pour les seuils. L'une des deux autorités contractantes considère que la fragmentation des normes devrait faire l'objet d'une

¹¹⁴³ Une autorité contractante confie : « *Il convient de laisser les normes qui ont un réel intérêt protecteur pour l'entreprise comme pour l'acheteur. Il vaut mieux supprimer les normes lourdes en termes organisationnels (ex : taux d'avance distingués, taux de retenue de garantie distingués, règles trop précises sur la manière de verser l'avance en cas d'accord-cadre). Il faut laisser plus de marge aux acheteurs pour rédiger stratégiquement leurs clauses. Il n'est pas question de supprimer les avances. Au contraire le besoin en trésorerie des entreprises a bien été identifié par les pouvoirs adjudicateurs* ».

¹¹⁴⁴ L'une d'elles précise que ceci ne doit concerner que les règles dont la violation n'est assortie d'aucune sanction. Une autre insiste sur l'inefficience « *des décomptes exhaustifs de dépenses comptables exigées par les lois AGEC (bien réutilisé, réemployé, à base de recyclé) et EGALIM (label, local ou non)* » qui alourdissent les dépenses publiques en raison du coût qu'emporte un tel suivi. En outre, une autorité contractante partage son incompréhension pour les marchés de prestations intellectuelles, hors maîtrise d'œuvre : « *Ce sont toujours les mêmes réponses (un peu de télétravail, baisse du nombre de photocopies, réunions dématérialisées...) qui finissent par rendre le critère inopérant. Autant le garder pour les marchés utiles où l'environnement aura un effet visible et véritable (marché de construction, par exemple)* ».

¹¹⁴⁵ Loi n° 2022-1104, du 22 août 2021, JORF n°0196 du 24 août 2021, texte n° 1.

¹¹⁴⁶ Une autorité contractante observe des effets contrastés de cette mesure : « *[...] par exemple, un certain nombre d'heures est réservé à des personnes en insertion à l'occasion d'un marché de travaux. L'objectif étant, soi-disant, de réinsérer des personnes éloignées de l'emploi. En pratique, on voit des intérimaires, qui travaillent plus ou moins tout au long des travaux, mais restent dans leur précarité quand ils sont terminés, l'entreprise ne les recrutant pas. L'objectif de l'insertion n'est donc pas atteint, mais peu importe, ce n'est le problème de personne. Sauf des intérimaires* ».

clarification en insérant celles qui intéressent la commande publique dans le Code de la commande publique (par exemple, des dispositions du Code général des collectivités territoriales). L'autre autorité contractante relève que la clarification est nécessaire pour certains secteurs d'achat, notamment pour les achats informatiques (où il ne fait que peu de sens que l'obligation de dématérialisation ne s'applique qu'à partir de 90 000 euros) et pour les achats alimentaires en raison de la nécessité de concilier les exigences politiques de localisme et le respect des principes fondamentaux de la commande publique. Le deuxième avocat, quant à lui, appelle à la prudence en raison de la difficulté d'évaluer une telle mesure de réduction dans un système normatif dense régissant la commande publique.

Appart des résultats. À travers cette ultime question, l'évaluation de la simplification du droit de la commande publique se précise. S'il a pu être précédemment évoqué qu'un encadrement normatif plus approfondi participe, pour une majorité des enquêtés, à la simplification du droit de la commande publique¹¹⁴⁷, il en va autrement de la multiplication et de la fragmentation des normes. En somme, ce qui est attendu par les praticiens semble être un besoin de clarification pour renforcer la sécurité juridique des procédures de passation et les montages contractuels, et nullement une intensification de la production normative (au risque de se perdre ou de créer des incohérences entre les textes). Ainsi, une démarche de simplification du droit exige un juste équilibre : la réduction des normes pour plus de clarté du droit de la commande publique, et la création de normes uniquement nécessaires à la clarté du droit de la commande publique.

¹¹⁴⁷ Voir *supra* l'analyse des résultats sur la clarification des exigences applicables aux marchés d'un montant inférieur à 40 000 euros : §V.

ANNEXE N° 1 : RÉFORMES PROPOSÉES PAR LES ENQUÊTÉS DANS LE CADRE DES SONDAGES

Accompagnement de la Direction des affaires juridiques (« DAJ » ci-après) du ministère de l'Économie et des finances :

1. Accompagner sur « *la computation et [...] la définition du besoin des collectivités* » (1 sondé)
2. Accompagner sur « *le contrôle de l'exécution des marchés publics* » (1 sondé)
3. Aider pour le calcul de certains montants/pourcentages de la révision des prix et avenants (1 sondé) ; créer un « *document Excel d'aide au calcul des pourcentages d'augmentation guidant pas à pas les acheteurs dans leurs calculs pour les avenants* » en sus d' « *indices pour les différentes et principales catégories d'achat* » dans le cadre de la révision de prix (1 sondé)
4. Créer une « *bibliothèque fournie pour accompagner les acheteurs (guides, bonnes pratiques, FAQ...)* » (1 sondé)
5. Augmenter le nombre de guides et de clauses-types (6 sondés)
6. Créer un nouveau « *Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics* » (1 sondé)
7. Créer des « *guides sur la passation des marchés de moins de 40 000 € par exemple* » (1 sondé)
8. Améliorer les fiches et guides de la DAJ : clarifier ou alléger les fiches/guides, ou ajouter des éléments plus concrets dans les fiches/guides (26 sondés)
9. Créer une FAQ (1 sondé)
10. Créer des doctrines communes DAJ/DGFIP (1 sondé)
11. Créer un site sur le modèle suisse du guide Romand des marchés publics (2 sondés)
12. Procéder à un regroupement de la jurisprudence par intelligence artificielle (1 sondé)
13. Créer des « *DCE qualifiés pour benchmark* » (1 sondé)
14. Créer une « *[r]evue de jurisprudence commentée provenant de source fiable et en accès libre* » (1 sondé)
15. Créer une newsletter (1 sondé)
16. Créer des « *programmes d'échanges entre les acheteurs et les opérateurs économiques (rencontres au sein des CCI par exemple)* » (1 sondé) ; créer un forum, un tchat ou une plateforme avec des experts (5 sondés) ; créer des instances d'échanges ou de partage

(non nécessairement en ligne et non nécessairement uniquement avec les membres de la DAJ) (2 sondés)

17. Créer « *un BOT intelligent permettant d'accompagner l'utilisateur opérationnel sur la base de textes simplifiés* » (1 sondé)

18. Augmenter le nombre de formations (3 sondés)

19. Créer une hotline (1 sondé)

20. Créer un « *SAV commande publique* » (1 sondé)

21. Créer la possibilité d'obtenir des réponses d'un conseil juridique sans autre précision sur la forme (1 sondé)

22. Rendre les réponses (données dans le cadre de l'accompagnement actuel) officielles, qu'elles puissent engager l'administration, voire leur donner la qualification de rescrit (7 sondés)

Professionnalisation des acteurs de la commande publique :

23. Professionnaliser les acteurs de la commande publique (2 sondés) :

- « *revaloriser la fonction de juriste marchés publics reléguée dans de nombreuses administrations à des postes de catégorie B au lieu de catégorie A, mais aussi à former les agents en charge de la commande publique* » (1 sondé)
- « *permettre aux acheteurs publics d'avoir les moyens RH et financiers et être formés correctement pour promouvoir le développement durable et autres politiques publiques associées à la commande publique et permettre l'efficience des marchés publiés* » (1 sondé)

24. Améliorer la formation des acteurs de la commande publique (19 sondés)

Sourcing et dialogue :

25. Renforcer le *sourcing* (1 sondé)

26. Renforcer le dialogue de manière générale (2 sondés)

Procédures de passation :

27. Assouplir le recours à la négociation :

- Supprimer l'interdiction de négocier sans autre précision (1 sondé)
- Assouplir ou étendre la possibilité de négocier (62 sondés)
- Créer la faculté de négociation pour certaines procédures seulement, comme celle des marchés de travaux, des marchés liés aux prestations intellectuelles, des marchés

liés à l'environnement et aux enjeux sociétaux, ou des marchés d'un montant important (pour ce dernier cas de figure, cela signifie augmenter le seuil de 221 000 euros des marchés publics formalisés des pouvoirs adjudicateurs autres que les autorités centrales et ceux des autorités centrales dans le domaine de la défense) (4 sondés)

- Permettre systématiquement la négociation : en l'autorisant dans l'appel d'offres, dans toutes les procédures, ou en supprimant les conditions de recours à la procédure avec négociation pour les pouvoirs adjudicateurs (11 sondés)

28. Assouplir les « *règles et formalités de passation des MAPA* » (1 sondé)

29. Assouplir les procédures (1 sondé) ou rendre les « *règles de procédure plus souples* » (1 sondé)

30. Réduire les « *contraintes de recours à certains montages contractuels complexes* » (1 sondé)

31. Clarifier les règles applicables aux achats de faible montant (1 sondé), notamment s'agissant de la qualification de MAPA et des trois devis éventuellement requis (2 sondés)

32. Réduire le nombre d'étapes des procédures (vraisemblablement de passation) (3 sondés)

33. Prévoir une mise en concurrence simplifiée pour les contrats d'achat d'assurance (1 sondé)

Formalités et charges administratives :

34. Réinventer la « *forme des marchés [...] (il est peut-être temps de sortir des documents classiques de procédures type RC, AE, CCAP/CCTP, BPU, etc., même si les éléments qu'ils contiennent doivent, bien sûr, être définis)* » (1 sondé)

35. « *[m]ettre en place un processus de validation préalable pour le dépôt des offres. Cela permettrait de limiter les allers-retours fastidieux et souvent incompris par les candidats, en s'assurant que les dossiers soient complets et conformes au moment du dépôt. Le bénéfice temps et sécurisation serait intéressant pour toutes les parties prenantes* » (1 sondé)

36. « *redonner la responsabilité de la vérification de la conformité aux autorités compétentes (URSSAF, ADEME, etc.)* » (1 sondé)

37. Diminuer le nombre de justificatifs exigés des candidats (2 sondés) ; supprimer l'exigence des pièces « *sans rapport avec l'objet du marché (PV de CSE)* » (1 sondé)

38. « *assouplir un certain nombre de formalismes au profit des entreprises candidates et des collectivités publiques* » (1 sondé)

39. Créer le passeport commande publique (1 sondé) : « *À partir du moment où une entreprise est en règle (et cette régularité est connue par les administrations françaises, chacune pour ce qui la concerne), elle devrait pouvoir facilement attester de cela (par*

exemple, un site internet indiquant, par SIRET, si l'entreprise est en règle) »

- 40.** Réinstaurer le marché public simplifié (1 sondé)
- 41.** Automatiser ou réduire les contrôles à la charge des autorités contractantes (2 sondés)
- 42.** Simplifier les formulaires de candidature dont le DUME (2 sondés)
- 43.** Rendre « *plus accessible l'appréhension d'un DCE (formulaires distincts pour les marchés MDS et les marchés généralistes, des formulaires DAJ plus simples en forme de CERFA ou une candidature en ligne type dites-le-nous une fois)* » (1 sondé)
- 44.** Créer une « *base de données commune à l'ensemble des administrations quant aux capacités des soumissionnaires à répondre* » (1 sondé)
- 45.** Créer des « *outils pour permettre aux acheteurs de consigner les documents des entreprises pour une réelle mise en place du dites-le-nous une fois* » et « *un moyen de vérifier automatiquement la validité des certificats et relancer les entreprises au moment des échéances* » (1 sondé)
- 46.** Réduire le formalisme lié à la constitution et à la vérification des dossiers de candidature (41 sondés)
- 47.** Mettre en œuvre le Projet Fastrack, un portail national unique pour les entreprises (2 sondés)
- 48.** Diminuer le nombre de « *données déclaratives à contrôler (ex : CA, effectifs, ...)* » (1 sondé)

Accord-cadre et système d'acquisition dynamique (« SAD » ci-après)

- 49.** Supprimer le montant maximum de l'accord-cadre (1 sondé)
- 50.** Prévoir une durée plus longue pour les accords-cadres des pouvoirs adjudicateurs (3 sondés)
- 51.** Assouplir le régime du SAD (1 sondé)

Délais :

- 52.** Clarifier les règles applicables aux « *délais (jours calendaires, francs, ouvrés, ouvrables)* » (1 sondé)
- 53.** Mettre en cohérence les « *délais [de] 15 jours pour la communication et 11 jours pour le réfééré* » (1 sondé)
- 54.** Améliorer la rapidité des procédures, notamment en réduisant les délais (26 sondés)

Publicité/dématérialisation/facturation :

- 55.** Assouplir les règles ou outils de publicité (3 sondés)
- 56.** Imposer un site unique de candidatures et unifier les supports de publication selon les types d'acheteurs (1 sondé) ; imposer une plateforme unique de dématérialisation pour la publicité et la gestion des contrats (profil d'acheteur) (1 sondé) ; imposer un profil acheteur unique à toutes les collectivités et l'État, c'est-à-dire imposer PLACE à tous les acheteurs (2 sondés)
- 57.** Réduire le nombre de profils d'acheteurs (6 sondés)
- 58.** Supprimer l'obligation d'employer la plateforme PLACE (2 sondés)
- 59.** Créer un outil unique de facturation pour les acheteurs publics et privés (1 sondé)
- 60.** Créer une plateforme unique sans autre précision (1 sondé)
- 61.** Simplifier les formulaires européens de publicité (*e-forms*) par le vocabulaire employé et les rubriques de renseignement (12 sondés)

Seuils :

- 62.** Harmoniser ou uniformiser les seuils : harmoniser les seuils entre différentes procédures, entre les différents contrats ou catégories d'autorités contractantes, ou harmoniser les seuils français et européens (7 sondés) ; 1 sondé en particulier propose d'*« aligner les seuils de l'État sur ceux des collectivités (dès lors que ceux-ci seraient plus hauts) »*
- 63.** Augmenter de manière générale les seuils de procédures de passation (5 sondés)
- 64.** Pérenniser le rehaussement des seuils sans autre précision (1 sondé)
- 65.** Aligner le seuil de dispense de publicité et de mise en concurrence préalables pour les marchés de travaux (100 000 €) avec le seuil de 143 000 € des marchés de fournitures et services (1 sondé)
- 66.** Créer un *« seuil unique sans distinction de procédure adaptée ou formalisée afin de permettre pour tout achat la mise en place d'une négociation sans devoir recourir à des recherches approfondies pour être dans tel ou tel cas dérogatoire permettant de s'extirper de la procédure formalisée »* (1 sondé)
- 67.** Aligner le seuil de publication des données essentielles (25 000 €) sur celui de la dématérialisation obligatoire (40 000 €) (1 sondé)
- 68.** Remplacer les seuils des procédures formalisées des marchés publics par la seule prise en compte de l'objet des marchés (1 sondé)
- 69.** Clarifier les règles de computation des seuils ou apporter des précisions sur la méthode (11 sondés)
- 70.** Avoir un seuil unique quel que soit le marché (1 sondé)

Exécution des contrats de la commande publique :

- 71.** Renforcer la souplesse dans le cadre de l'exécution, comme les modifications (dont les avenants) et les règles d'exécution financière (6 sondés)
- 72.** Faciliter « *la résiliation d'un marché en cours d'exécution (pour faute ou consécutivement à une liquidation), les délais de réattribution qui nécessitent de rester sur les procédures de droit commun [n'étant] pas compatibles avec les réalités de terrain* » (1 sondé)
- 73.** Créer des délais pour les « *procédures de modification des contrats publics* » (1 sondé)
- 74.** Abroger la faculté reconnue aux assureurs, par le Code des assurances, de résilier unilatéralement le contrat d'achat d'assurance (4 sondés)
- 75.** Augmenter les montants des avenants et marchés complémentaires (1 sondé)

Objectifs/coordination des règles :

- 76.** Clarifier les règles applicables au « *champ d'application de la loi MOP et [aux] procédures applicables à la MOE* » (1 sondé)
- 77.** Ajouter de nouveaux objectifs, comme des « *objectifs de déontologie comme dans la FAR [Règlement fédéral sur l'acquisition]* » ou « *des objectifs de politiques européennes dans le code sous la forme d'objectifs globaux (marché intérieur, énergie, innovation, développement durable)* » (1 sondé)
- 78.** Autoriser les « *critères de proximité et origine géographique* » (1 sondé)
- 79.** Crée l'obligation de « *la définition et pondération des sous-sous critères RSE (sous-critères environnement, sociaux, éthiques)* » (1 sondé)
- 80.** Hiérarchiser les objectifs stratégiques assignés à la commande publique (1 sondé)
- 81.** Permettre une adaptation des clauses d'insertion sociale en fonction de l'objet spécifique des contrats (par exemple : MOE) (1 sondé)
- 82.** Clarifier l'articulation entre l'objectif de provenance géographique française et la promotion des circuits courts fixée par la *loi Egalim* et l'interdiction du localisme soutenue par le principe de non-discrimination en raison de l'origine ou de la provenance issue du droit de la commande publique (10 sondés)
- 83.** Harmoniser la commande publique avec les autres réglementations pour éviter les contradictions (1 sondé)

Lisibilité et caractère opérationnel des normes :

- 84.** Crée un document récapitulant les règles/délais/formulaires par type de marché (MAPA ou formalisé) (1 sondé)
- 85.** Faire participer les praticiens à la rédaction des normes ou à leur vérification (notamment pour anticiper les éventuelles difficultés et ainsi intégrer, dans les dispositions, les

modalités concrètes de leur mise en œuvre) (3 sondés)

86. Réunir dans un seul *corpus* les nombreux textes qui gravitent autour du droit de la commande publique (28 sondés)
87. Mobiliser le *legal design* pour améliorer la lisibilité des règles du droit de la commande publique (1 sondé)
88. Remplacer les CCTP par des cahiers des charges fonctionnels particuliers (CCFP) afin de permettre aux entreprises de développer leur savoir-faire (1 sondé)
89. Mettre à jour le contenu des CCAG et CCTP notamment concernant la propriété intellectuelle (1 sondé)

Code de la commande publique :

90. Réécrire plusieurs dispositions du Code de la commande publique manquant de clarté sur l'offre à prendre en compte, la représentation des candidats à un marché et les modalités de calcul du montant des modifications, sans proposition précise de réécriture (respectivement articles R. 2151-6, R. 2142-4, R. 2194-4) (1 sondé)
91. Incrire dans le Code de la commande publique certaines formalités résultant du Code du travail (consultation du Comité social et économique, fourniture de pièces ou de documents spécifiques) (3 sondés)
92. Clarifier l'articulation entre les règles du Code de la commande publique applicables au changement de prestataire et l'obligation de transfert de salariés des articles L.1224-1 et suivants du Code du travail ou encore en matière de reprise du personnel (1 sondé)
93. Clarifier l'articulation entre, d'une part, l'article 14.2 du CCAG maître d'œuvre qui permet de notifier, par ordres de service, les prestations supplémentaires et modificatives au maître d'œuvre et le caractère définitif du prix de ces prestations si le maître d'œuvre n'a pas transmis ses observations dans le délai imposé, et, d'autre part, l'article L.2432-2 du Code de la commande publique qui impose une modification conventionnelle des honoraires en cas de modification de prestations (1 sondé)
94. Clarifier l'articulation entre les articles 21.1 et 21.2 du CCAG Travaux, qui laissent entendre que le marché peut fixer la provenance des matériaux, produits ou composants de construction, et l'article R.2111-7 du Code de la commande publique, qui interdit de faire référence dans le marché à une provenance ou origine déterminée (1 sondé)
95. Revoir les règles relatives à la durée de validité des offres et à leur régularisation (1 sondé) ; clarifier les règles applicables aux irrecevabilités de la candidature (1 sondé)
96. Renforcer la codification « *en matière sociale et environnementale notamment* » (1 sondé)
97. Incrire dans le Code de la commande publique les règles relatives à l'achat d'énergie (1 sondé)
98. Revoir la formulation de l'article L. 2152-7 du Code de la commande publique selon

laquelle le marché est attribué à l' « *offre économiquement la plus avantageuse* » (1 sondé)

99. Ajouter des définitions (1 sondé)

100. Limiter les renvois vers d'autres textes (7 sondés)

101. Restructurer le Code de la commande publique :

- pour privilégier un plan fondé sur le type d'acheteur public plutôt que sur les parties législative/réglementaire, avec la mise en place d'un « *index par mot-clef avec un contenu adapté au profil de l'acheteur public (pouvoir adjudicateur/entité adjudicatrice) et au contrat (marché/concession)*- « *en mettant en facteur commun tout ce qui est comparable dans les différentes procédures et catégories de marchés* » (1 sondé)
- en rassemblant par thématiques des articles des parties législatives et réglementaires (5 sondés)
- en réunissant le CCP avec le CCAG-FCS « *pour une lecture fluide de la réglementation applicable* » (1 sondé)

Nombre de normes :

102. Abroger les anciennes règles lors de l'adoption de nouvelles [« *one in, one out* »] (1 sondé)

103. Supprimer du Code général des collectivités territoriales l'obligation d'organiser une commission d'appel d'offres pour attribuer les contrats de la commande publique et valider les avenants (3 sondés)

Harmonisation, voire uniformisation des normes :

104. Instaurer les « *mêmes règles pour tous, mêmes pour des montants de marchés faibles (diminuer au maximum le gré à gré et les entreprises "favorites" des acheteurs)* » (1 sondé)

105. Supprimer la différence de taux de retenue de garantie entre les PME et les autres entreprises (décret du 30 décembre 2024), c'est-à-dire réduire ce taux à 3% pour tous, « *voire supprimer la retenue de garantie, et prévoir en contrepartie une caution ou une GAPD systématique en travaux. Même chose pour la distinction du taux d'avance selon que l'entreprise est une TPE/PME ou pas* » (1 sondé)

106. Limiter ou supprimer les mesures dérogatoires, spécifiques (7 sondés)

107. Harmoniser les règles régissant les différentes procédures (3 sondés), le contentieux (1 sondé), ou les contrats dont les différences résultent de la qualification des autorités contractantes ou de certains objets de contrats (2 sondés)

108. Uniformiser les « *différents régimes dans le code (seuils, modalités de publicité*

obligatoires, ...) » (1 sondé)

109.Instaurer « *des règles plus uniformisées pour l'ensemble des acteurs* » (1 sondé)

110.Uniformiser les « *règles dans les pays de l'UE* » (1 sondé)

111.Uniformiser les procédures (2 sondés)

112.Uniformiser les différentes catégories d'autorités contractantes (2 sondés)

113.Supprimer le marché public de droit privé (1 sondé)

114.Harmoniser, voire aligner, les régimes juridiques applicables aux entités adjudicatrices et aux pouvoirs adjudicateurs (10 sondés)

115.Instaurer des règles d'exécution financières communes à tous les acheteurs (1 sondé)

Normes européennes :

116. Mettre fin à la surtransposition des directives européennes, voire limiter les obligations à celles d'origine européenne (5 sondés)

117.Remplacer les directives européennes par des règlements européens (1 sondé)

Responsabilité des autorités contractantes :

118.Réduire les « *contraintes procédurales* » pour redonner de l'autonomie et de la responsabilité aux acheteurs (1 sondé)

119.Réduire la responsabilité « *encourue par les maires et les gestionnaires publics* » (1 sondé)

Contrôles :

120.« *systématiser une autorité de contrôle pour tous les organismes acheteurs pour s'assurer du respect* [du principe d'égalité de traitement] » (1 sondé)

121.Améliorer l'efficacité du contrôle de légalité en matière de commande publique (3 sondés)

Déclaration des données essentielles :

122.« *[a]ssouplir les contraintes déclaratives des pouvoirs adjudicateurs (un seul site pour les données essentielles ex data gouv - un flux obligatoire entre data gouv et les plateformes de dématérialisation de manière à ne pas saisir plusieurs fois les données essentielles)* » (1 sondé)

123.Réduire le nombre de données essentielles à transmettre aux autorités nationales (2 sondés)

Sanctions :

- 124.**Créer pour les autorités contractantes « *des moyens de sanctions autres que les pénalités (en cas de mauvaise exécution du marché public, pourquoi ne pas envisager une phase de renégociation tarifaire en solde de marché, plutôt que des pénalités multipliées à l'excès ?)* » (1 sondé)
- 125.**Créer une « *sanction “automatique” au défaut de communication de ces précisions [précisions à transmettre lors du rejet d'une offre] dans le délai prévu* » (1 sondé)